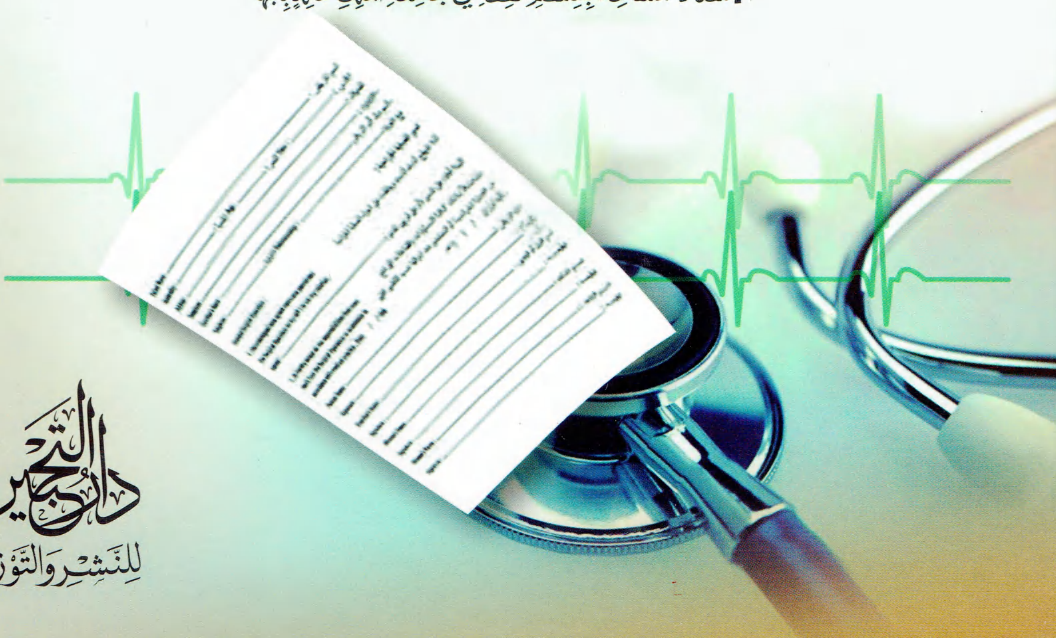
إِصْدَارَاتُ الجَمْعِيَّةِ الفِقْهِيَّةِ السُّعُودِيَّةِ
الدِّرَاسَاتُ الفِقْهِيَّةُ (٨٧)

الجمعية الفقهية السعودية

العَقْدُ الطِّبِّيُّ وآثارُهُ

دِرَاسَةٌ فِقْهِيَّةٌ مُقَارَنَةٌ

د. مساعد بن عبد الرحمن القحطاني
الأُسْتَاذُ المُسَاعِدُ بِقِسْمِ الفِقْهِ في جَامِعَةِ المَلِكِ خَالِدٍ بِأَبْهَا



دار التحبير
للنشر والتوزيع

العَقْدُ الطِّبِّيُّ وآثارُه

دِرَاسَةٌ فِقْهِيَّةٌ مُقَارَنَةٌ

ح الجمعية الفقهية السعودية، ١٤٤٠هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر .

القحطاني، مساعد بن عبد الرحمن

العقد الطبي وآثاره. / مساعد بن عبد الرحمن القحطاني، - الرياض، ١٤٤٠هـ

١٠٢٤ص، ١٧x٢٤سم

ردمك : ٤-٠-٩١١٩١-٦٠٣-٩٧٨

١- العقود (فقه إسلامي) ٢- الطب (فقه إسلامي)

٣- المسؤولية الطبية أ. العنوان

ديوي : ٢٥٣,١ ١٤٤٠/٣٦٢٧

رقم الإيداع: ١٤٤٠/٣٦٢٧

ردمك : ٤-٠-٩١١٩١-٦٠٣-٩٧٨

الطَّبْعَةُ الأولى

١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م

الجَمْعِيَّةُ الفِقْهِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ

المملكة العربية السعودية

info@alfiqhia.org.sa

هاتف: ٢٩٣ ٥٨٢ ٢ ٠١١

دار التحبير للنشر والتوزيع

وقفية التحبير

المملكة العربية السعودية

w.altahbeer@gmail.com

جوال: ٠٥٥ ١٩ ٩٢ ٥٥ ٩٦٦+

إصدارات الجمعية الفقهية السعودية
الدراسات الفقهية (٨٧)

الجمعية
الفقهية
السعودية

العقد الطبي وآثاره

دراسة فقهية مقارنة

تأليف
د. مساعد بن عبد الرحمن القحطاني
الأستاذ المساعد بقسم الفقه في جامعة الملك خالد بأبها

دار التحبير
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

أصل هذا الكتاب رسالة علمية تقدم بها الباحث لنيل درجة الدكتوراه من كلية الشريعة وأصول الدين بجامعة الملك خالد بأبها

وقد نوقشت الرسالة عام ١٤٣٩هـ

وتألفت لجنة المناقشة من:

أ.د. محمد بن إبراهيم الغامدي مشرفاً ومقرراً

أ.د. عبدالرحمن بن أحمد الجرعي مناقشاً

أ.د. عبدالعزيز بن مبروك الأحمدي مناقشاً

وقد نال الباحث درجة الدكتوراه بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى والتوصية بطباعة الرسالة وتبادلها بين الجامعات.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلَّا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد : (فإن أَجَلَّ العلوم خطراً، وأحلاها أثراً، وأرجحها فضيلة، وأنجحها وسيلة، وأسعدها جداً، وأَجَدَّها سعداً، وأشرفها موضعاً، وألطفها موقعاً : علم الشرع الشريف ومعرفة أحكامه، والاطلاع على سِرِّ حلاله وحرامه)(١)، فهو (أشرف المطالب وأعلاها، وأهم ما بُذِلت فيه النفوس وأولاها، وقد بَيَّنَ الله تعالى شرفه وفضله، ومَيَّز في الشهادة له بالوحدانية حملته وأهله)(٢).

ولا شكَّ أن (أفضل العلوم بعد معرفة الله تعالى معرفة تكاليفه وأحكامه، وما يتعبد به المكلف في نقضه وانبرامه، وهو علم الفقه المستنبط من الكتاب والسنة)(٣) فإنه في العلوم (واسطة عِقدها، ورابطة حَلِّها وعَقدها، به يُعرف الحلال والحرام، ويَدِين الخواص والعوام)(٤).

---

(١) الممتع في شرح المقنع ، التنوخي (١/ ٨٨).

(٢) كتاب القواعد ، أبو بكر الحصني (١/ ١٨٢).

(٣) المصدر السابق (١/ ١٨٤-١٨٥).

(٤) الأشباه والنظائر (١/ ١٤).

وإن من المهمات في هذا العصر العلم بأحكام المسائل الطبية، ودراسة جزئياتها، والوقوف على فروعها ؛ لمسيس الحاجة إليها، وأهمية الإحاطة بتفريعاتها.

وإن من صميم هذا الباب ما يتعلق بالعقد الطبي، إذ هو من المسائل التي تجدر بالبحث والاهتمام، وتستحق الدراسة والعناية، وبعد بحث واستشارة رغبت أن يكون موضوعاً لرسالة الدكتوراه التي تقدمت بها إلى قسم الفقه بكلية الشريعة وأصول الدين بجامعة الملك خالد بأبها، وجعلت عنوانها (العقد الطبي دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية[١]).

مشكلة البحث:

العقد الطبي هل هو رابطة عقدية بين المريض والطبيب، وإذا كان كذلك فما نوع هذه الرابطة؟، وما تكييفها ؟ وماذا يترتب عليها؟

وحيث إن ما ذكر حول هذه الرابطة العقدية مما يتعلق ببيان نوعها وتكييفها وما يترتب عليها قد شابه بعض الغموض، واكتنفه عدد من الإشكالات فقد رأيت من خلال هذا البحث جمع ما يتعلق بذلك ودراسته.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره

تبرز أهمية موضوع العقد الطبي وأسباب اختياره من النواحي التالية :

أولاً : أن العقد الطبي واسع الانتشار، ويتعلق بحاجات الناس، فلا يكاد يستغني عنه أحد، وهو كذلك من العقود المتعلقة بجسم

(١) تم تغيير عنوان البحث إلى (العقد الطبي وآثاره : دراسة فقهية مقارنة).

الإنسان، ولا ينبغي المساس بجسم الإنسان إلَّا وفق ضوابط مقررة، وقواعد محددة، وذلك يدعو لدراسة مسائله، وجمع فروعه، وتبيين أحكامه، وتنظيم أبوابه.

ثانياً : أن العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض يُحتاج إلى معرفتها، وبيان ما يجب فيها، وما يشترط لها، والوقوف على ما تتضمنه من التزامات وحقوق.

ثالثاً : أن العقد الطبي قد شهد تطوراً في هذا الزمن، فلم يعد قاصراً على عقد العلاج بين الطبيب والمريض، بل أصبح يشمل علاقة الطبيب والمريض بالمؤسسة الطبية، وعلاقة المؤسسات الاعتبارية بالجهات الطبية، وما استجد من متعلقات العقد الطبي.

رابعاً : أن دراسة العقد الطبي تخدم باباً من أبواب الفقه، في مجال الفقه الطبي، والذي لا يزال بحاجة إلى بحث ودراسة، في استقصاء لمسائله، وجمع لفروعه.

خامساً : عدم وجود دراسة فقهية شاملة تتناوله من جانب فقهي تأصيلي تطبيقي، تبين أحكامه، وتوضح مسائله.

سادساً : التدليل العملي على كمال الشريعة واستيعابها لأحوال الناس على اختلاف العصور، وبيان مرونة الفقه الإسلامي وسعته، وقدرته على إيجاد الأحكام الشرعية المناسبة للمسائل والمستجدات.

الدراسات السابقة في الموضوع :

من خلال اطلاعي على الدراسات السابقة في هذا المجال لم أجد دراسة شاملة وافية تجمع شتات الموضوع، وتؤصل مباحثه، وتحوي

تطبيقاته، وإن كان هناك عدد من البحوث والرسائل تناولت شيئاً من مباحث هذه الرسالة، وهذه الدراسات السابقة على النحو التالي :

الدراسة الأولى : العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، السيد رضوان محمد جمعة، رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر - عام ١٤١٣هـ - غير مطبوعة.

وهذه الدراسة العلمية بينت أن العقد الطبي عقد إجارة، وذكرت شرط الرضا، وتحدثت عن عيوبه، وطريقة إثباته، وتناولت بعضاً من التزامات الطبيب والمريض، والكلام عن الخطأ الطبي والضرر كموجبين للمسؤولية الطبية، وهذه دراسة علمية متميزة إلَّا أنها توسعت في الجانب القانوني، واعتنت بإبرازه بشكل ظاهر، ولم تتناول هذه الدراسة الحديث عن أهمية العقد الطبي، وبيان خصائصه، وأقسامه، والتكييفات الفقهية الأخرى للعقد الطبي، كما أنها لم تتناول صفات العقد الطبي، وأحكام العوض فيه، ولم تستوف الحديث عن التزامات العاقدين وأحكام الضمان في العقد الطبي، ولم تتناول أحكام انحلال العقد الطبي.

الدراسة الثانية : أحكام عقد العلاج في الفقه والنظام، خالد الزامل، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - قسم السياسة الشرعية - شعبة الأنظمة عام ١٤١٥هـ، غير مطبوع .

وهذه الدراسة اعتنت بالجانب النظامي فذكرت جملة من التكييفات القانونية للعقد، وتناولت الدراسة ذكر أركان العقد الطبي، وأحكام وصف الدواء، والتجارب الطبية، وعمليات التجميل، ونقل الدم، وتناولت الكلام عن مسؤولية الطبيب عن التحاليل، والتركيبات الطبية،

وغيرها. وبذلك يتضح أن هذه الدراسة لم تهتم بإبراز الجانب الفقهي في دراسة العقد الطبي، ولم تستوف الكلام على أهمية العقد الطبي، وأركانه، وشروطه، ولم تتناول الكلام على أنواعه، وتكييفه الفقهي، والآثار المترتبة على التكييف الفقهي من حيث صفات العقد الطبي، والالتزامات الواردة على العاقدين، وأحكام الضمان، والانحلال.

الدراسة الثالثة : العقد الطبي : أحكام الإذن الطبي، د. قيس المبارك، مطبوع.

وهذه الدراسة العلمية المتميزة اعتنت بالكلام على أحكام الإذن الطبي من حيث تعريفه ومشروعيته وباقي أحكامه، وقد تناولت هذه الدراسة جانباً يسيراً حول تكييف العقد الطبي، وذكرت شيئاً من شروطه، وأسباب انحلاله، ولكن هذه الدراسة العلمية لم تتناول تعريف العقد الطبي، والحديث عن أهميته، وذكر خصائصه، وأقسامه، واستيفاء الحديث عن أركانه وشروطه، كما أن هذه الدراسة لم تستوف الحديث عن التكييفات الفقهية للعقد الطبي، ولم تتناول شيئاً من آثاره من حيث : صفاته، والالتزامات الواردة على العاقدين، وأحكام العوض، وأحكام الضمان.

الدراسة الرابعة: أحكام عقد العلاج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، سلامة حلية، مطبوع

وهذه الدراسة تناولت تعريف عقد العلاج الطبي، وحكم العلاج والتداوي، ونطاقه، وأحكام تعلم الطب ومزاولته، وألمحت إلى بعض التكييفات الفقهية للعقد الطبي، واعتنت بالتكييفات القانونية، وتكلمت عن التزامين من التزامات الطبيب : الالتزام بالتبصير، وبالسر الطبي، وعن الخطأ كأحد موجبات المسؤولية الطبية، إلَّا أن هذه الدراسة لم

تعتن بذكر أركان العقد الطبي ولا شروطه، ولا تناولت الحديث عن خصائصه وأهميته، كما لم تركز على التكييفات الفقهية بذكر أحكامها وأمثلتها، ولم تتناول الآثار المترتبة على العقد الطبي من حيث الصفات وأحكام الالتزامات والضمان، وكذلك فإنها لم تتناول شيئاً من أحكام انحلال العقد الطبي.

دراسات أخرى: وهي على نوعين:

أولاً: بعض الكتب والدراسات القانونية التي تناولت الحديث عن العقد الطبي من جهة قانونية، ومن أبرزها عقد العلاج الطبي د. محمد السعيد رشدي، وعقد العلاج بين النظرية والتطبيق د. عبدالرشيد مأمون، والعقد الطبي لعشوش كريم.

ثانياً: بعض الكتب والدراسات التي تناولت بعض جزئيات الموضوع من جهة فقهية مقارنة بالقانون أو من جهة قانونية، ومنها: الالتزام بالتبصير في المجال الطبي لحسام الفهاد، وتبصير المريض في العقد الطبي لزينة غانم العبيدي من جامعة الموصل، والالتزام بالتبصير في العقد الطبي لأنس عبدالغفار.

أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق عدد من الأهداف، والتي من أهمها ما يلي:

١ - معرفة حقيقة العقد الطبي من خلال التعريف به، وذكر خصائصه، وأركانه، وشروطه، وأنواعه

٢ - تكييف العقد الطبي، وبيان الآثار المترتبة على التكييف من حيث صفاته، والالتزامات الواردة فيه، وأحكام الضمان.

٣ - بيان الأسباب المؤدية إلى انحلال العقد الطبي، وما يترتب عليها من آثار وأحكام.

٤ - الربط بين البحث النظري والواقع العملي، وبيان مدى ارتباط الفقه الإسلامي بواقع الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم.

٥ - إيجاد دراسة فقهية موسعة لواحد من أهم العقود في هذا العصر وأكثرها تعاملاً.

اسئلة البحث :

١ - ما هي حقيقة العقد الطبي ؟ وما دلائل أهميته ؟

٢ - ما الخصائص التي تميز بها العقد الطبي عن غيره من العقود ؟

٣ - ما هي أقسام العقد الطبي؟

٤ - ما الأركان والشروط التي لا بد من تحققها في العقد الطبي ؟

٥ - ما هي أنواع العقود التي يلحق العقد الطبي بها ؟ ومتى يلحق ؟ وهل هناك تكييفات للعقد الطبي تحتاج إلى التحقق من صحتها ؟

٦ - هل العقد الطبي من العقود الجائزة ؟ وما أثر الجمع بين عقدين عليه ؟

٧ - متى تصح الشروط في العقد الطبي ؟ ومتى لا تصح ؟

٨ - ما هي صفات العقد الطبي ؟

٩ - متى يستحق العوض في العقد الطبي ؟ وماهي أنواعه ؟ وشروطه ؟ وأحكامه ؟

١٠ - كيف تتحقق الالتزامات في العقد الطبي ؟ وما أبرز تلك الالتزامات في حق كل من الطبيب والمريض؟

١١ - ما هي الحقوق الناشئة عن العقد الطبي في حق كل من الطبيب والمريض ؟

١٢ - متى يجب الضمان في العقد الطبي ؟ وما هي شروطه ؟ وأحواله ؟وكيف يثبت ؟ وما هي الآثار المترتبة على إثباته ؟

١٣ - ما المراد بانحلال العقد الطبي ؟ وما هي أسباب انحلاله ؟ وشروطه ؟ وكيف ينحل ؟

منهج البحث :

سرت في تناول البحث على النحو التالي :

١ - صورت المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها ؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢ - إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فقد ذكرت حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣ - إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فقد اتبعت ما يلي :

أ - حررت محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل وفاق.

ب - ذكرت الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، وعرضت الخلاف في القول الواحد حسب الاتجاهات الفقهية مرتبة (الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة، الظاهرية)، وقد ختمت الأقوال بالقول الراجح، إلا أن تقتضي طبيعة المسألة غير ذلك كما لو كانت بعض المذاهب الفقهية لم تبحثها.

ج - اقتصرت على المذاهب الفقهية المعتبرة (الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة، الظاهرية)، وذكرت ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، أما في المسائل الفقهية المستجدة فذكرت الأقوال منسوبة إلى قائليها ما أمكن.

د - وثقت الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.

هـ - حاولت استقصاء أهم أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة إلا إذا كان جلياً، وذكرت ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها.

و - المسألة التي لم أقف عليها في مذهب معين سلكت بها مسلك التخريج ما أمكنني ذلك.

ز - رجحت مع بيان سبب الترجيح، وذكرت ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤ - الكلام الذي نقلته بنصه ذكرت المرجع في الهامش بدون (ينظر)، وما تصرفت فيه أشرت له في الهامش بلفظ (ينظر)، وما تركته دون نسبته لأحد فهو مني.

٥ - اعتمدت على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتخريج والتوثيق والجمع.

٦ - اعتنيت بدراسة ما جد من القضايا التي تعتمد على العقد الطبي مما له صلة بالبحث.

٧ - رقمت الآيات وذكرت سورها.

٨ - خرجت الأحاديث والآثار، فما كان في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما، فإن كان في غيرهما خرجته من كتب السنن والمسانيد والمصنفات، وبينت ما ذكره أهل الشأن في الحكم عليه.

٩ - عرفت بالمصطلحات والألفاظ الغريبة.

١١ - ختمت البحث بخاتمة ذكرت فيها ملخصاً للرسالة، وأهم نتائج البحث، وتوصياته.

١٢ - أتبعت الرسالة بالفهارس المهمة.

خطة البحث :

البحث سينتظم - إن شاء الله - في مقدمة وتمهيد وأربعة أبواب وخاتمة.

التمهيد : حقيقة العقد، والطب، وأقسام العقود.

الباب الأول : حقيقة العقد الطبي.

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : تعريف العقد الطبي، وأهميته، وخصائصه، وأقسامه.

الفصل الثاني : أركان العقد الطبي.

الفصل الثالث: شروط العقد الطبي.

الباب الثاني : تكييف العقد الطبي، وحكمه.

وفيه فصلان :

الفصل الأول : تكييف العقد الطبي.

الفصل الثاني : حكم العقد الطبي.

الباب الثالث : الآثار المترتبة على العقد الطبي.

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول : صفات العقد الطبي.

الفصل الثاني : استحقاق العوض في العقد الطبي.

الفصل الثالث : التزامات العاقدين في العقد الطبي وحقوقهما.

الفصل الرابع : أحكام الضمان في العقد الطبي.

الباب الرابع : انحلال العقد الطبي.

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : المراد بالانحلال، والألفاظ ذات الصلة به، والأساس الشرعي لانحلال العقود.

الفصل الثاني : أسباب انحلال العقد الطبي.

الفصل الثالث : أنواع انحلال العقد الطبي، وشروطه، وآثاره، وكيفية حَلِّه

الخاتمة : وتشمل أهم النتائج المتوصل إليها وذكر أهم التوصيات.

الفهارس العلمية

وأخيراً : فإني أحمد الله، فهو مستحق الحمد وأهله، العون منه، والتوفيق من لدنه، فلولاه ما رقمت حرفاً، ولا سطرت كلمة، فلك الحمد ربي، أحمدك على نعمك المتوالية، وأفضالك غير المتناهية، حمداً يليق بجلالك وجمالك، وعطائك وإنعامك.

ولا أنسى في هذا المقام والدي الكريم، فله الفضل العظيم، اسأل الله أن يرحمه، وأن يغفر له، وأن يُثَبِّت حجته، وأن يعلي منزلته، وأتوجه بالشكر الجزيل، والعرفان الجميل لوالدتي الحانية، أمدها الله بالصحة والعافية، وأسبغ عليها نعمته الوافية، وأشكر زوجتي وأولادي، وإخوتي وزملائي، فقد كانوا لي خير مُعين، وأفضل مَعين.

وأشكر جامعتي المباركة دوحة العلم والمعرفة، ومقصد الباحثين والطلبة، وأخص بالشكر واحة المجد، وواسطة العقد كلية الشريعة وأصول الدين، أدامها الله مورداً للقاصدين، ومنهلاً للمتعلمين، وأخص منها : سواد عينها، ودرة زينها : قسم الفقه، حفظ الله أساتذته النبلاء، وصانهم من كل بلاء، وأخص منه : أستاذي الفاضل، وشيخي الكريم فضيلة أ. د. محمد بن إبراهيم الغامدي الذي تميز بسعة صدره، وجميل خلقه، وحسن تواضعه، مع جودة توجيهاته، وحسن تصويباته، اسأل الله أن يبارك له في عمره وماله، وأن يجعله موفقاً في حاله ومآله.

وبعد : فهذا جهد المقل، ووسع الطاقة، بذلت فيه جهدي، وصرفت له وقتي، " فإن كنت أحسنت فيما جمعت وأصبت في الذي وضعت فذلك من عميم منن الله وجزيل فضله علي، وعظيم مننه وجليل طوله وكريم إحسانه إلي "(١)، " وأنا أعتذر إلى الناظر في هذا الكتاب من خلل يراه، أو لفظ لا يرضاه "(٢)، " وليوسع العذر إن اللبيب من عذر "(٣)، " والله المسؤول أن يوفقنا لصواب القول والعمل، وأن يرزقنا اجتناب الزيغ والزلل، إنه قريب مجيب لمن سأله، ولا يخيب من إياه رجا، وعليه توكل "(٤).

---

(١) إكليل الكرامة في تبيان مقاصد الإمامة ، القنوجي ص٣.
(٢) مجمع الأمثال ، أبو الفضل الميداني (١/ ٥).
(٣) القواعد ، ابن رجب ص٢.
(٤) المصدر السابق ، نفس رقم الصفحة.

التمهيد

حقيقة العقد، والطب، وأقسام العقود

وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : تعريف العقد، والمصطلحات ذات الصلة.

المبحث الثاني : أقسام العقود.

المبحث الثالث : تعريف الطب، والمصطلحات ذات الصلة.

قال الماوردي رحمه الله: "وجهات المكاسب متشعبة؛ ليكون اختلاف أسبابها علة الائتلاف بها، وتشعب جهاتها توسعة لطلابها؛ كي لا يجتمعوا على سبب واحد فلا يلتئمون، أو يشتركوا في جهة واحدة فلا يكتفون".

أدب الدنيا والدين ص٢٠٩.

المبحث الأول

تعريف العقد، والمصطلحات ذات الصلة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : المصطلحات ذات الصلة بالعقد.

المطلب الأول

تعريف العقد في اللغة والاصطلاح

العقد في اللغة: قال ابن فارس رحمه الله: " العين والقاف والدال أصل واحد، يدل على شَدٍّ وشِدَّة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب "[(١)]، "والعقد مصدر استعمل اسماً فجمع نحو: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١][(٢)] " .

وله في اللغة معانٍ متعددة أبرزها ما يلي :

المعنى الأول : الربط، والشدُّ، نقيض الحل، يقال : عقد الحبل : شده وربطه، وعقد طرفيه : وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما فأحكم وصلهما[(٣)]، ويطلق على الربط حسياً كان أم معنوياً، فمن الحسي: عقد الحبل، ومن المعنوي : عقد البيع والعهد[(٤)]، فيكون حقيقة في الربط الحسي، مجاز في الربط المعنوي، وإليه ذهب جمهور علماء اللغة والتفسير[(٥)]، وقيل : بل هو إطلاق حقيقي في كلا الربطين الحسي

---

(١) مقاييس اللغة ، ابن فارس (٤/ ٦٧).

(٢) مفردات ألفاظ القرآن ، الراغب الأصفهاني ص٥٧٦.

(٣) ينظر : مقاييس اللغة (٤/ ٦٧) - المحكم والمحيط الأعظم (١/ ١٦٥)- لسان العرب (٣/ ٢٩٦) - القاموس المحيط ص ١١٨٥ - تاج العروس (٨/ ٣٩٤) - المعجم الوسيط ص ٦١٣.

(٤) ينظر : مفردات ألفاظ القرآن ص٥٧٦ - أحكام القرآن ، ابن العربي (٢/ ١٤٦) - الجامع لأحكام القرآن ، (٦/ ٢٦٦) - فتح القدير ، الشوكاني (٢/ ٨١) - التوقيف على مهمات التعاريف ، المناوي ص ٥٢٠.

(٥) ينظر : مقاييس اللغة (٤/ ٦٧) - مفردات ألفاظ القرآن ص ٥٧٦ - تاج العروس(٨/ ٣٩٤) - أحكام القرآن الجصاص (٢/ ٣٢) - الكشاف (١/ ٦٠٠) - مدارك التنزيل ، النسفي (١/ ٢٥٤) - البحر المحيط ، ابن حيان (٤/ ١٥٧) - تيسير البيان لأحكام القرآن، الموزعي (٣/ ٥٧) - روح المعاني ، الألوسي (٦/ ٤٨).

والمعنوي، وذهب إليه بعض أهل العلم، وكذلك بعض الفقهاء وبعض الباحثين المعاصرين(١).

المعنى الثاني : العهد(٢)، ومنه قول الله تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، أي : أوفوابالعهود(٣)، وعليه حكي الإجماع(٤)، ومنه ما جاء في الحديث : (كان بيننا وبين قوم عقد)(٥).

أي : عهد مهادنة(٦)، والمعاقدة : المعاهدة والميثاق(٧)، والفرق بين العقد والعهد : أن العهد الأمر بالشيء والإلزام به، والعقد: الأمر والإلزام مع الاستيثاق، فيكون العقد أبلغ من العهد وآكد(٨).

المعنى الثالث : الضم والجمع بين أطراف الشيء(٩)، يقال : عقد

---

(١) ينظر : فتح القدير (٢/ ٨١) - نيل المرام ، القنوجي ص ٢٢٤ - ضوابط العقود ، البعلي ص٤٠ - صيغ العقود ، الغليقة ص٢٧.

(٢) ينظر : العين ، الفراهيدي (١/ ١٤١) - تفسير غريب القرآن ، ابن قتيبة ص ١٣٨ - معاني القرآن ، النحاس ، (٢/ ٢٤٦) - مقاييس اللغة (٤/ ٦٨) - لسان العرب (٣/ ٢٩٦) - القاموس المحيط ص ١١٨٥.

(٣) ينظر : جامع البيان ،الطبري (٩/ ٤٤٧) - معاني القرآن وإعرابه ، الزجاج (٢/ ١٣٩) - تفسير القرآن ، السمعاني (٢/ ٥) - أنوار التنزيل ، البيضاوي (٢/ ١١٣).

(٤) ينظر : جامع البيان (٩/ ٤٤٧)- تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير (٢/ ٧).

(٥) الحديث أخرجه البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة باب السمر مع الضيف والأهل برقم (٦٠٢)، ومسلم ، كتاب الأشربة باب إكرام الضيف وفضل إيثاره برقم (٢٠٧٥). ينظر : صحيح البخاري (١/ ١٢٤)- صحيح مسلم (٣/ ١٦٢٧).

(٦) ينظر : الكواكب الدراري ، الكرماني (٤/ ٢٤٠) - إرشاد الساري ، القسطلاني (١/ ٥١٩).

(٧) ينظر : النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٥٢٨) - لسان العرب (٣/ ٢٩٦) - تاج العروس (٨/ ٤٠١).

(٨) ينظر : معاني القرآن ، الزجاج (٢/ ١٣٩)- تهذيب اللغة (١/ ١٣٤) - كتاب الفروق ، العسكري ص٦١ - تفسير القرآن ، السمعاني(٢/ ٥) - لسان العرب(٣/ ٢٩٦) - تاج العروس(٨/ ٤٠١)

(٩) ينظر : مفردات ألفاظ القرآن ص٥٧٦.

الزهر: تضامت أجزاؤه فصارت ثمراً[(١)]، وعقد الرمل: تراكم واجتمع[(٢)]، والعقدة من الشجر: ما اجتمع وثبت أصله[(٣)]، وزاد بعض العلماء قيداً في معنى الجمع هنا فقال: " الجمع بين الشيئين بما يعسر الانفصال معه "[(٤)].

المعنى الرابع: الإيجاب والإبرام المؤكد[(٥)]، " وعقدة النكاح وكل شيء: وجوبه وإبرامه، والعقدة في البيع إيجابه "[(٦)]، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المَائدة: ٨٩]، أي: أوجبتموها على أنفسكم وأكدتموها[(٧)]، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك[(٨)].

المعنى الخامس: الملازمة، تقول العرب: فلان عقد قلبه على الشيء: إذا لزمه[(٩)]، ومنه ما جاء في الحديث: (الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة)[(١٠)]،

---

(١) ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦١٣).
(٢) ينظر: العين (١/ ١٤١) - مقاييس اللغة (٤/ ٦٨).
(٣) ينظر: المحكم (١/ ١٦٨) - مقاييس اللغة (٤/ ٦٨).
(٤) ينظر: التفسير البسيط، الواحدي (٧/ ٢١٧) - أنوار التنزيل (٢/ ١١٣) - التبيان في تفسير غريب القرآن، ابن الهائم ص١٤٦.
(٥) ينظر: العين (١/ ١٤٠) - تهذيب اللغة(١/ ١٣٤) - مقاييس اللغة (٤/ ٦٨) - لسان العرب (٣/ ٢٩٦).
(٦) مقاييس اللغة (٤/ ٨٦).
(٧) ينظر: جامع البيان، الطبري (١٠/ ٥٢٤) - تفسير السمعاني (٢/ ٦٠) - زاد المسير (١/ ٥٧٨).
(٨) أحكام القرآن، الجصاص (٣/ ٢٨٥).
(٩) ينظر: المحكم (١/ ١٦٨) - لسان العرب (٣/ ٢٩٦) - تاج العروس (٨/ ٤٠٣).
(١٠) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة برقم(٢٨٤٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب الخيل في =

أي: ملازم لها كأنه معقود فيها[١].

ويطلق العقد على معانٍ أخرى منها: التصميم، والاقتناء، والإلزاق، والالتواء، والتجمد، والتخثر، والغلظة، وغيرها من المعاني[٢].

بالنظر في المعاني اللغوية السابقة يتبين ما يلي:

أولاً: هذه المعاني السابقة متقاربة فيما بينها، مترابطة في جملتها، وقد أُخْتُلِف في أصل كلمة العقد هل هو الربط والشد، أم هو الجمع بين الشيئين، فذهب بعض أهل اللغة والتفسير إلى أن أصل كلمة العقد: الشد والربط نقيض الحل[٣]، وقيل: أصلها الجمع بين الشيئين[٤]، ومهما يكن من أمر فإن هذه المعاني متحققة في العقد الطبي؛ حيث إنه يتضمن ربط الإيجاب بالقبول، ويجمع بينهما، بشد وتوثيق.

= نواصيها الخير إلى يوم القيامة برقم (١٨٧٢). ينظر: صحيح البخاري (٤/ ٢٨) - صحيح مسلم (٣/ ١٤٩٣).

(١) ينظر: مطالع الأنوار (٥/ ٣٥) - النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٥٢٨) - فتح الباري، ابن (١/ ١٥٨).

(٢) ينظر: العين (١/ ١٤٠) - تهذيب اللغة (١/ ١٣٤-١٣٥) - مقاييس اللغة (٤/ ٦٨-٦٩) - المحكم (١/ ١٦٧) - المغرب (٢/ ٧٤) - مختار الصحاح ص ٤٦٧ - لسان العرب (٣/ ٢٩٦).

(٣) قال الزبيدي في التاج (٨/ ٣٩٤) " والذي صرح به أئمة الاشتقاق أن أصل العقد نقيض الحل"، وقال الرازي في تفسيره (٦/ ٤٧٣): " فاعلم أن أصل العقد الشد". وينظر: أحكام القرآن، ابن العربي (٢/ ٨) - اللباب في علوم الكتاب (٤/ ٢٠٦) - حاشية الخفاجي (٣/ ٢٠٩) - محاسن التأويل، القاسمي (٢/ ١٥٩).

(٤) قال البيضاوي: " وأصله الجمع بين الشيئين بما يعسر الانفصال معه " أنوار التنزيل (٢/ ١١٣). وينظر: مفردات ألفاظ القرآن، ص ٥٧٦ - التفسير البسيط (٧/ ٢١٧) - التبيان في تفسير غريب القرآن ص ١٤٦.

ثانياً : إطلاق العقد على الربط والشد والجمع في الأشياء المعنوية يعد إطلاقاً حقيقياً ؛ لأنه يتبادر إلى الذهن دون حاجة إلى قرينة، ولأن الأصل في الإطلاق الحقيقة، ولأن اللفظ إذا دار بين الحقيقة والمجاز فاختيار الحقيقة أولى(١).

ثالثاً : إطلاق العقد على الربط والشد والجمع في الأشياء المعنوية يدل على شدة إحكامها، وقوة توثيقها، وفي ذلك يقول الإمام الشوكاني رحمه الله : " فهو - أي العقد - يستعمل في الأجسام والمعاني، وإذا استعمل في المعاني أفاد أنه شديد الإحكام، قوي التوثيق "(٢)

تعريف العقد في الاصطلاح :

يكاد يتفق أكثر المعاصرين من الباحثين في نظرية العقد وما يتصل بها أن العقد في الاصطلاح له معنيان : معنى عام، ومعنى خاص(٣).

---

(١) ينظر : ضوابط العقود، البعلي، ص ٤٠ - صيغ العقود، الغليقة ص ٢٧.

(٢) فتح القدير، الشوكاني (٢/ ٨١).

(٣) ينظر : المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٥١٦ - نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان ص١١ - التصرف الانفرادي، الخفيف ص٤٦ - نظرية العقد الموقوف، عبدالرزاق فرج، ص ١١ - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ١٩٩ - الحيازة في العقود، نزيه حماد ص ١٤ - ضوابط العقود، البعلي، ص ٤١ - المدخل في الفقه، شلبي ص ٤١٤ - نظرية العقد، شرف الدين ص٤ - العقد في الفقه، عباس حسني ص ٢٢- ضوابط العقد في الفقه، التركماني ص ٢٢ - الأموال ونظرية العقد، محمد موسى ص ٢٢٩ - تعليق العقود، العبود ص ١٣ - محل العقد في الفقه، عطيف ص٢٠ - صيغ العقود، الغليقة، ص ٢٨ - أقسام العقود في الفقه، حنان جستنيه (١/ ٤٣) - مفوتات فسخ العقد، المامي (١/ ٦) - أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص ٢٣ - أحكام لزوم العقد، الجلعود ص ٢٤ - نظرية الشرط في الفقه، الشاذلي ص٤٦ - أسباب انحلال العقود غير المالية، اليوسف، (١/ ٤١) - أحكام العقد في الفقه، داود ص٢١ - استحداث العقود، السعدني ص ٢١ - العقود المضافة إلى مثلها، طاهر ص ١٨ - المعاملات المالية في الفقه، الدبيان ١٤٣٢هـ (١/ ٤٧)- تقسيمات العقود، السعيد ص٢٧ - التفسير القضائي للعقد، الشدي ص٣٣.

والسبب في وجود هذين المعنيين في المراد بالعقد اصطلاحاً يعود لما يلي:

أولاً: الاختلاف في أصل الاستعمال اللغوي لمادة العقد، فمن ذهب إلى أن العقد في اللغة يقتضي إحكام الشيء وتقويته وسّع المعنى الاصطلاحي فجعله شاملاً لكل ما يلتزمه الإنسان سواءً كان من طرف واحد أو من طرفين، وسواءً كان هذا الالتزام لله تعالى، أو للمخلوقين، وسواءً كان في العبادات، أو في المعاملات، وسواءً كان بالقول، أو بالفعل، وسواءً كان العقد مالياً أم غير مالي، وأما من ذهب إلى أن العقد في اللغة يقتضي الجمع بين الشيئين، والربط بينهما فقد ضيق المعنى الاصطلاحي للعقد فقصره على التصرف الصادر من شخصين ترتبط إرادة كل منهما بالآخر(١).

ثانياً: تفاوت نظر الفقهاء إلى عموم العقد وخصوصه، حيث إن منهم من ينظر إليه نظراً عاماً، فيكون بذلك شاملاً لكل التزام تعهد به الإنسان وترتب عليه حكم شرعي، ومنهم من ينظر إليه نظراً خاصاً،

فيكون عنده مقصوراً على ما توافقت فيه إرادتان، وارتبط فيه الإيجاب بالقبول(٢).

---

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة، ص ١٩٩ - نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ص ١٠-١١ - تعليق العقود، العبود، ص ١٥ - صيغة العقد، المزيد ص ١٠ - المدخل في الفقه الإسلامي، شلبي ص ٤١٤.

(٢) ينظر: المدخل للفقه، مدكور، ص ٥١٦ - نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١١- نظرية العقد الموقوف ص ١١ - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص١٩٩- الحيازة في العقود ص ١٤- العقد في الفقه، عباس حسني، ص٢٢- المدخل في الفقه، شلبي ص ٤١٤ - ضوابط العقود، البعلي ص ٤١- ضوابط العقد التركماني ص٢٢ - صيغ العقود، الغليقة ص ٢٨- أقسام العقود، جستنيه، (١/ ٤٣).

المعنى العام للعقد :

تعددت عبارات الفقهاء في المعنى العام للعقد، ومن تعريفاتهم ما يلي :

التعريف الأول : كل ما ألزم به المرء نفسه، سواءً كان الالتزام من جانبين، أم كان من جانب واحد(١).

التعريف الثاني : " كل تصرف قولي ينشأ عنه حكم شرعي، سواءً أكان هذا التصرف صادراً من شخصين أو من شخص واحد "(٢).

التعريف الثالث : " كل التزام ينشأ عنه حكم شرعي، سواءً كان صادراً من طرف واحد، أم صادراً من طرفين "(٣). وبألفاظ متقاربة للتعاريف السابقة عرفه عدد من الفقهاء والباحثين المعاصرين(٤).

وهذا المعنى العام اختاره بعض المفسرين(٥) عند تفسيرهم لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١]، واستعملوه في بعض العقود الصادرة من طرف واحد كعقد اليمين(٦)، وغيره من

(١) ينظر : أسباب انحلال العقود المالية، العايد، ص٣٣.

(٢) ضوابط العقود، البعلي ص٤٤. (٣) نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ص١٢.

(٤) ينظر : المدخل للفقه، مدكور ص ٥١٧ - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٠٠ - نظرية العقد الموقوف ص١٣- الحيازة في العقود، نزيه حماد ص١٥ - ضوابط العقد، التركماني ص ٢٤ - صيغ العقود، الغليقة ص٢٨ - أحكام لزوم العقد ص٢٤.

(٥) قال الواحدي رحمه الله : " يعني بالعهود المؤكدة التي عاهدتموها مع الله والناس ". الوجيز ص٣٠٦، وقال ابن العربي رحمه الله : " ربط العقد تارة يكون مع الله، وتارة يكون مع الآدمي، وتارة يكون بالقول، وتارة يكون بالفعل ". أحكام القرآن (٢/ ٨) وينظر في ذلك : تفسير الطبري (٩/ ٤٤٧) - أحكام القرآن، الجصاص (٣/ ٢٨٥) - إرشاد العقل السليم (٣/ ٢) - روح المعاني (٦/ ٤٨) - التفسير الوسيط، مجمع البحوث بالأزهر (٢/ ١٠٠٤)

(٦) ينظر : تفسير الطبري (٤/ ٤٤٩) - زاد المسير (١/ ١٩٥) - مفاتيح الغيب (٣/ ٥٨٤) - فتح البيان، القنوجي (٣/ ٣٢٢) - أضواء البيان (١/ ٩٦).

العقود[١].

كما أن بعض الفقهاء قسموا العقود إلى قسمين : قسم ينفرد به العاقد، وقسم لا بد فيه من متعاقدين، وذكروا أمثلة لذلك[٢].

وكذلك استعمل جمهور الفقهاء لفظ العقد عند ذكرهم لبعض العقود التي تصدر من طرف واحد، ومن أمثلة ذلك : عقد اليمين، وعقد النذر، وعقد العتق، وعقد الولاء[٣].

وبهذا يتبين أن جمهور الفقهاء يسوغون استعمال العقد بمعناه العام، فيطلقونه على ما يصدر من طرف واحد كالعقود السابقة، كما يطلقونه على العقود الصادرة بين طرفين.

المعنى الخاص للعقد :

تنوعت عبارات الفقهاء في تعريف العقد بمعناه الخاص، ومن بين تلك التعريفات ما يلي :

---

(١) ينظر : أحكام القرآن، ابن العربي (١/ ٥٤٤) - أحكام القرآن، الكيا الهراسي (١/ ١١١).

(٢) قال المحاملي رحمه الله عند ذكره أقسام العقود : " العقود ضربان : عقد ينفرد به العاقد، وعقد لابدّ فيه من المتعاقدين، أما الذي ينفرد به العاقد فثمانية : عقد النذر، وعقد اليمين، وعقد الطلاق، وعقد العتاق، وعقد العدّة، وعقد الصلاة إلا الجمعة، وعقد الحج، وعقد العمرة.... ". اللباب في الفقه الشافعي، المحاملي ص٢١٢. وينظر: المنثور في القواعد، الزركشي (٢/ ٣٩٧).

(٣) ينظر : المبسوط، السرخسي (٧/ ٣٢، ٣٥٢) - بدائع الصنائع (٣/ ١٩) (٤/ ١٦٩) - المحيط البرهاني(٤/ ٧٢) - غمز عيون البصائر (١/ ٤٣٥) - المدونة(٢/ ٤٣٤) - الإشراف على نكت مسائل الخلاف(٢/ ٧٢٩)- الكافي، ابن عبدالبر (١/ ٤٤٦)- البيان والتحصيل (٣/ ٢١٩) - الذخيرة (٨/ ٢٩٥) - الأم، الشافعي(٤/ ١٣٤، ١٩٥) (٧/ ٨٠) - الحاوي الكبير (١٥/ ٢٥٣) - نهاية المطلب (١٣/ ٣١٤) - البيان (٤/ ٤٨٦) (١٠/ ٦٧) - مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه صالح ص ٣٤٧ - المغني، ابن قدامة (٨/ ٣١٩) - قاعدة العقود، ابن تيميه ص٨٦، ٨٩، ٩٧- الفروع وتصحيحه(٥/ ١٣٦) كشاف القناع (٢/ ٣٥٠) (٥/ ٣٢٦).

التعريف الأول : " ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً "[(١)].

التعريف الثاني : ارتباط كلام كل واحد من المتعاقدين بكلام صاحبه ارتباطاً يليق بجنس الكلام، متعاقباً متصلاً على وجه مخصوص[(٢)].

التعريف الرابع : " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه "[(٣)].

التعريف الثالث : " التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول "[(٤)]

التعريف الخامس : التزام المتعاقدين شيئاً، بارتباط الإيجاب بالقبول[(٥)].

وهناك تعاريف مقاربة لما سبق، وإن كان جملة من الفقهاء والباحثين المعاصرين قد ارتضوا التعريف الرابع، فلم يذكروا غيره، وأثبتوه في مصنفاتهم، مع تفاوت في عباراتهم[(٦)]، بينما انتقد بعض

---

(١) التعريفات ص ١٩٦.

(٢) ينظر: الكاشف عن أصول الدلائل، الرازي ص٥٩.

(٣) مرشد الحيران، قدري باشا، المادة (١٦٨) ص ٢٧. وأصل هذا التعريف عند صاحب العناية لكنه جعله تعريفاً للانعقاد فقال : الانعقاد : تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره في المحل، وتبعه على ذلك الملا خسرو وابن نجيم. ينظر : العناية (٦/ ٢٤٨)- درر الحكام شرح غرر الأحكام، (٢/ ١٤٢)- البحر الرائق (٥/ ٢٨٣).

(٤) مجلة الأحكام العدلية، م(١٠٣) ص ١٠٠. وينظر : مجلة الأحكام الشرعية، القاري، م(١٦٢) ص ١٠٧.

(٥) ينظر : صيغ العقود، الغليقة ص٣٣.

(٦) ينظر : المدخل الفقهي العام (١/ ٣٨٢) - المدخل للتشريع الإسلامي، النبهان ص ٤٣ -تاريخ الفقه،أبو العينين ص٣٦٣ - المدخل إلى الفقه الإسلامي، الخياط ص١٢١ - أحكام العقود، =

الفقهاء والباحثين اشتراط مشروعية العقد وثبوت أثره ؛ لأن ذلك يجعل التعريف قاصراً على العقد الصحيح، والمراد تعريف العقد المطلق سواءً كان عقداً صحيحاً أم فاسداً[(١)] ؛ وذلك لأن " الحقائق الشرعية تشمل الصحيح والفاسد "[(٢)].

الموازنة بين المعنيين الاصطلاحيين العام والخاص للعقد :

يرى بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين إن الإطلاق العام للعقد أولى من الإطلاق الخاص[(٣)] ؛ لأن هذا الإطلاق العام أشد قرباً إلى المعنى اللغوي، وكل شيء أقرب إلى الحقيقة فهو أولى[(٤)]، ثم هو وارد في كتب الفقهاء ، قد استعملوه وساروا عليه[(٥)]، إضافة إلى أنه تعريف جامع يشمل سائر العقود[(٦)]، ولأن العقد بالإرادة المنفردة هو أصل مجيء العقد بإرادتين[(٧)].

بينما يذهب عدد كبير من الفقهاء والباحثين المعاصرين إلى أن

= الدهمي وآخرون ص١٢ - الملكية ونظرية العقد، أحمد فراج ص ١٣٤ - الوجيز في العقد، العطافي ١٣٩٧ ص ٢٩.

(١) ينظر : صيغ العقود، الغليقة ص ٣١ - العقود المضافة إلى مثلها ص ١٩.

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٢)، وقد وافقه على ذلك بعض الفقهاء، وخالفه آخرون فقالوا : الحقائق الشرعية إنما تتعلق بالصحيح دون الفاسد. ينظر : مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٦٣ - الغرر البهية، زكريا الأنصاري (٥/ ٢٠٧) - شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/ ١٧٤).

(٣) ينظر: نظرية العقد الموقوف ص ١٤- تعليق العقود، العبود ص ١٧- أسباب انحلال العقود غير المالية(١/ ٤٨).

(٤) ينظر : نظرية العقد الموقوف ص ١٤ - عقد الإجارة وتدخل الدولة فيه، عبدالله الخميس ص ٩ - أحكام عيوب العقد في الفقه الإسلامي، موسى الأمير ص ٢٧.

(٥) ينظر : أسباب انحلال العقود غير المالية (١/ ٤٨).

(٦) ينظر : مفوتات فسخ العقد، المامي، (١/ ٩).

(٧) ينظر : تعليق العقود، العبود، ص ١٧.

الإطلاق الخاص للعقد أولى من الإطلاق العام[١]؛ لأنه هو الاصطلاح الشائع الأغلب في كتب الفقهاء، حتى كاد يصبح كالحقيقة الشرعية[٢]، ولأنه هو المتبادر إلى الذهن[٣]، ولأن له نصيب من اللغة، ولأن إطلاق بعض الفقهاء العقد على ما كان الالتزام فيه من جانب واحد يعد توسعاً في الاستعمال[٤].

والذي يظهر لي من خلال ما سبق ما يلي :

أولاً : المعنيان المذكوران للعقد : العام والخاص كلاهما سائغان ؛ حيث إن المطلع على الكتب الفقهية والمتتبع لمسائلها يلاحظ أن كلا الاستعمالين لمعنى العقد سائغ فيها[٥].

ثانياً : إذا أردنا تعريف العقد وبيان معناه فإن المعنى العام أقرب ؛ لما سبق ذكره من أسباب.

وعليه فيكون تعريف العقد بهذا المعنى : **كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواءً أكان هذا التصرف صادراً من شخصين أو من شخص واحد.**

---

(١) ينظر : الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة، ص٢٠١ - التصرف الانفرادي ص٤٦ - المدخل الفقهي العام (١/ ٣٨٢) - المدخل للتشريع الإسلامي، النبهان ص ٤٣ -تاريخ الفقه، أبو العينين ص٣٦٣ - المدخل إلى الفقه، الخياط ص١٢١ - أحكام العقود، الدهمي ص١٢ - الملكية ونظرية العقد، فراج ص ١٣٤ - الوجيز في العقد، العطافي ص ٢٩ - محل العقد، عطيف ص ٢٣ - صيغ العقود، الغليقة ص٣٣ - أسباب انحلال العقود المالية ص٣٤ - الشرط الجزائي، محمد اليمني ص٢٧٣.

(٢) ينظر : الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٠١ - محل العقد، عطيف ص ٢٣.

(٣) ينظر : أقسام العقود، حنان جستنيه (١/ ٤٩).

(٤) ينظر : أسباب انحلال العقود المالية ص ٣٥.

(٥) ينظر : الحيازة في العقود ص ١٦.

ثالثاً : المعنى الخاص للعقد هو المراد في بحثي العقد الطبي؛ لأنه ألصق به، وأقرب إلى بيان حقيقته، والتعريف المختار له بهذا المعنى هو : **التزام المتعاقدين شيئاً بارتباط الإيجاب بالقبول.**

رابعاً : المعنى الخاص للعقد يتفق إلى حد كبير مع من عرَّف العقد بأنه : " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواءً كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو إنهاؤه "[١].

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للعقد :

العلاقة بينهما ظاهرة ؛ حيث إن المعنى العام للعقد يقترب من معنى العقد في اللغة المتضمن إحكام الشيء وتقويته، والمعنى الخاص للعقد قريب من المعنى اللغوي الآخر المتضمن الجمع بين الشيئين، حتى قال بعض الفقهاء : إن المعنى الاصطلاحي للعقد تقييد للمعنى اللغوي، وحصر له، وتخصيص لما فيه من العموم[٢].

(١) نظرية العقد، السنهوري (١/ ٨١).

(٢) ينظر : الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة، ص ١٩٩.

المطلب الثاني

المصطلحات ذات الصلة بالعقد

أولاً : التصرف :

وهو في اللغة : مصدر الفعل تصرف، ومن معانيه : التقلب، وطلب الكسب، والحيلة، ويطلق على رَجْع الشيء، ورده عن وجهه[(١)].

وفي الاصطلاح : كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشارع نتائج، أو أثراً من الآثار[(٢)].

وقيل : " ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب الشارع عليه نتائج حقوقية "[(٣)].

والتعريف الثاني تعريف مناسب، جمع بين وضوح العبارة، واختصارها، ودلالتها على المراد.

والتصرف ينقسم إلى قسمين :

القسم الأول : تصرف فعلي : وهو ما كان قوامه عملاً غير لساني، كإحراز المباحات.

القسم الثاني : تصرف قولي : وهو ما كان قوامه صدور قول عن الإنسان، وهو نوعان :

---

(١) ينظر : تهذيب اللغة (١٢ / ١١٤) - مقاييس اللغة (٣/ ٣٤٢) - لسان العرب (٩/ ١٨٩).

(٢) ينظر : المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٥١٩- تاريخ الفقه ونظرية الملكية والعقود، أبو العينين ص ٣٦٤ - المدخل إلى الفقه الإسلامي، الخياط ص ١٢٣- أحكام العقود، الدهمي ص ١٣- الحيازة في العقود ص ١٧.

(٣) المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٣٧٩).

تصرف عقدي ينتج عن اتفاق إرادتين، كالبيع، وتصرف غير عقدي(١).

ثانياً : الالتزام :

وهو في اللغة : مصدر الفعل التزم، " يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً "(٢)، ومن معانيه : الثبوت، والدوام، وعدم المفارقة، والاعتناق، وفصل الشيء(٣).

وفي الاصطلاح : " إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف، مطلقاً أو معلقاً على شيء "(٤).

وقيل : إيجاب الإنسان أمراً على نفسه باختياره وإرادته، أو بإلزام الشرع له(٥).

وقيل : "كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل، أو بامتناع عن عمل، لمصلحة غيره "(٦).

وكلا التعاريف السابقة سائغة، فالتعريف الأول يصلح لبيان الالتزام

---

(١) ينظر : المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٥١٩ - ٥٢٠- تاريخ الفقه، أبو العينين ص ٣٦٤ - المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٣٧٩- ٣٨٠) ١٢٣- العقد في الفقه، عباس حسني ص ٢٧- الحيازة في العقود ص ١٧- الملكية ونظرية العقد، فراج ص ١٤١- ضوابط العقود، البعلي ص٥٤-٥٥ - ضوابط العقد، التركماني ص٢٥.

(٢) مقاييس اللغة (٥/ ٢٤٥).

(٣) ينظر : مختار الصحاح ص٦١٢ - لسان العرب (١٢/ ٥٤١).

(٤) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الحطاب ص ٦٨ - فتح العلي المالك، محمد عليش (٢/ ٣٤).

(٥) ينظر : الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد بك ص٢١ - المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٥١٩ - تاريخ الفقه، أبو العينين ص ٣٦٦ - ضوابط العقود، البعلي ص٦٠ - معجم المصطلحات الاقتصادية ص٧١.

(٦) المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص ٩٣.

بمعناه الخاص، بينما التعريفان الثاني والثالث يصلحان لبيان الالتزام بمعناه العام.

المقارنة بين معنى العقد وبين التصرف والالتزام :

أولاً : ذهب البعض إلى أن العقد بمعناه العام مرادف للتصرف[١]، بينما رأى آخرون أن التصرف أعم من العقد مطلقاً حتى بمعناه العام ؛ لأن التصرف لا يختص بالأقوال، ولأن التصرف القولي يشمل أقوالاً لا تدخل في مفهوم العقد بمعناه العام كالدعوى[٢]، وهو الأقرب.

ثانياً : العقد بمعناه العام مرادف للالتزام بمعناه العام ؛ إذ تكفي فيهما الإرادة الواحدة.

ثالثاً : العقد بمعناه الخاص أخص من الالتزام ؛ لأنه لا بد فيه من إرادتين، بينما الالتزام ينشأ بإرادة واحدة، أو بإرادتين.

رابعاً : العقد والالتزام أخص من التصرف ؛ لأن التصرف منه فعلي كالإتلاف فلا شبه بينه وبين الالتزام والعقد، ومنه قولي عقدي مرادف لمعنى العقد الخاص، وهو جزء من الالتزام، ومنه قولي غير عقدي كالنذر فهو داخل في المعنى العام للالتزام والعقد، ومنه قولي غير عقدي مباين لمعنى الالتزام والعقد.

خامساً : التصرف يعد مصدراً من مصادر الالتزام ؛ فهو سبب منشيء للالتزام، والالتزام أثر له.

والنتيجة : أن التصرف أعم من الالتزام والعقد، فكل عقد والتزام

---

(١) ينظر : الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٢٠٠.

(٢) ينظر : المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٣٨٠ - ٣٨١).

تصرف، وليس كل تصرف عقداً والتزاماً، كما أن الالتزام مرادف للعقد بمعناه العام، وهو أعم من العقد بمعناه الخاص، فكل عقد التزام، وليس كل التزام عقداً بالمعنى الخاص(١).

(١) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص٥١٩- نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص١٣- الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٢٠١ - تاريخ الفقه، أبو العينين ص ٣٦٥ - المدخل في الفقه، شلبي ص ٤١٢ - المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٣٨٠) - العقد، عباس حسني ص ٢٩ - الحيازة في العقود ص ١٧- ضوابط العقد، التركماني ص٢٥ - أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٣٨، ٤١.

المبحث الثاني
أقسام العقود

تنقسم العقود إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة[١].

الاعتبار الأول: باعتبار الصحة وعدمها[٢]، **وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين**:

القسم الأول: **عقود صحيحة**:

وهي " ما توافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة، في أصلها، وفي نواحيها الفرعية "[٣].

وقيل: ما توافرت فيها الأركان والشروط، ولم يتصل بها من الأوصاف ما يخرجها عن المشروعية[٤].

القسم الثاني: **عقود غير صحيحة**:

وهي: " التي اختلت بفقدان بعض شرائطها المتعلقة ببعض نواحيها الفرعية "[٥].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٣٢- ٦٤٧) - الشروط العقدية، الموسى ص ٤٨ - ٥٨ - أقسام العقود، جستنيه، ص٨٨ وما بعدها - تقسيمات العقود، هشام السعيد ص ٧٠ وما بعدها.

(٢) ينظر: المدخل للفقه، مذكور ص٦٠٣ - الملكية ونظرية العقد أبو زهرة ص٤٠٩ - المدخل الفقهي العام (١/ ٦٣٦) - المدخل في الفقه، شلبي ص٥٥٠ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٣٦ - صيغ العقود، الغليقة ص٣٥.

(٣) المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٣٦).

(٤) ينظر: تاريخ الفقه، أبو العينين ص ٤٨٢.

(٥) المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٣٦).

وقيل : هي التي لم تستوف أركانها ولا شرائطها، ولم تصلح لترتب آثارها الشرعية عليها[١].

والعقد غير الصحيح يطلق على العقد الفاسد والباطل، والفاسد والباطل عند الجمهور بمعنى واحد[٢] في غالب أبواب الفقه[٣]، ويوافقهم على ذلك بعض الحنفية فيقولون بترادفهما في العبادات وكذلك في باب النكاح[٤]، لكنهم يفرقون بينهما فيما سوى ذلك فيقولون : الباطل : ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، والفاسد : ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه[٥].

الاعتبار الثاني: باعتبار التسمية وعدمها[٦]، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين :

---

(١) ينظر: المدخل في الفقه، شلبي ص ٥٥٥.

(٢) ينظر: تقريب الوصول، ابن جزي ص٢٣٥ - ٢٣٦- المستصفى، الغزالي ص٧٦ - الإحكام، الآمدي (١/ ١٧٦) - الأشباه والنظائر، السبكي، (٢/ ١٠٠) - التمهيد، الإسنوي ص٥٩ - الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٢٨٦ - روضة الناظر، ابن قدامة ص٥٨ - المسودة، آل تيمية ص٧٢ - المطلع، البعلي ص١١٢ - التحبير، المرداوي (٣/ ١١٠٨).

(٣) حكى الجمهور تفريقاً بين الباطل والفاسد في بعض العقود كالعارية، والكتابة، والخلع، والوكالة، والشركة، والقراض، والنكاح، على خلاف بينهم في حصرها. ينظر: تقريب الوصول ص ٢٣٥- مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢) (٤/ ٣٨٥) - البحر المحيط، الزركشي (١/ ٢٥٨) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٢٨٦ - أسنى المطالب (٢/ ١٧١) - نهاية المحتاج، الرملي (٤/ ٢٨٢) - شرح الكوكب المنير، ابن النجار (١/ ٤٧٤).

(٤) ينظر: شرح التلويح، التفتازاني (٢/ ٢٥٧) - الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٣٣٨.

(٥) ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٤٠٣) - كشف الأسرار، البخاري (١/ ٣٨٠) - تبيين الحقائق (٤/ ٤٤) - شرح التلويح (٢/ ٢٥٧) - البناية، العيني (٨/ ١٣٩) - الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٣٣٨.

(٦) ينظر: المدخل للفقه، مدكور ص ٦٠١ - المدخل الفقهي العام (١/ ٦٣٢) - المدخل في الفقه، شلبي ص ٥٦٠- ضوابط العقد، التركماني ص٣٥٥ - الحيازة في العقود ص٢٢-٢٣ - أقسام العقود (١/ ٩٠).

القسم الأول : عقود مسماة :

" وهي التي أقر التشريع لها اسماً يدل على موضوعها الخاص، وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها "[١]، كالبيع، والوكالة، ونحوها.

القسم الثاني : عقود غير مسماة :

"وهي التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها، ولم يرتب التشريع لها أحكاماً تخصها "[٢].

ومن أمثلتها : عقد التوريد[٣]، وعقد الاستشارة[٤].

الاعتبار الثالث : باعتبار النفاذ وعدمه[٥]، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين :

القسم الأول : عقود نافذة :

وهي العقود الصادرة من أهلها، مضافة إلى محلها، وسلمت أوصافها من الخلل، وكانت صادرة عمَّن له ولاية على العقد[٦].

---

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٦٣٢). وينظر: معجم القانون، مجمع اللغة العربية بالقاهرة ص١١٧ - معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، جرجس ص٢٤٥ - معجم مصطلحات الشريعة والقانون، كرم ص٢٩٤، ٢٩٦.

(٢) المدخل الفقهي العام (١/ ٦٣٢).

(٣) عقد التوريد هو: " إنشاء التزام، بين طرفين، يقضي بتسليم أحدهما للآخر منقولات موصوفة، أو خدمات معينة، على دفعة، أو دفعات، بثمن معلوم ". عقد التوريد، شاهين (١/ ١٠٩).

(٤) عقد الاستشارة هو: " اتفاق بين طرفين، يتعهد فيه متخصص في معرفة فنية أو علمية بتقديم رأي في أمر معين، بأجر ؛ ليستفيد منه الطرف الآخر ". أحكام عقد الاستشارة، المحيسن (١/ ٦١).

(٥) ينظر: الملكية، أبو زهرة ص٤٢٠ - المدخل الفقهي العام (١/ ٦٣٨) - المدخل في الفقه، شلبي ص ٥٥٦ - نظرية العقد الموقوف ص٢٠-٢٤ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٥١ - صيغ العقود، الغليقة ص٣٩.

(٦) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٤٢٠ - أقسام العقود، جستنيه (١/ ١٦٧).

القسم الثاني : عقود غير نافذة (موقوفة) :

هي العقود التي فيها تجاوز على حقٍ لغير العاقد، يوجب توقفه على إجازته، كعقد الفضولي(١)، أو اشتمل على مانع آخر يمنع نفاذه، كالإكراه(٢).

والعقدان : النافذ، والموقوف قسمان من أقسام العقد الصحيح، تترتب عليهما آثارهما، النافذ في الحال، والموقوف عند الإجازة، وهذا قول جمهور الفقهاء(٣)، وخالف الشافعية في المشهور عندهم، والحنابلة في المعتمد في المذهب فقالوا : العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، وأما العقد الموقوف فهو عقد باطل لا يترتب عليه أثر(٤). **والراجح** : أن العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح، ويترتب عليه أثره بالإجازة ؛ لأن القاعدة أن (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة)(٥).

---

(١) الفضولي: المشتغل بما لا يعنيه، والمراد به هنا: من لم يكن ولياً ولا وصياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد. ينظر: التعريفات ص ٢١٥ - معجم لغة الفقهاء ص٣٤٧ - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣/ ٤٥).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٣٩).

(٣) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٨٢) - بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨) - الاختيار (٢/ ١٧) - تبيين الحقائق (٤/ ١٠٣) - المعونة (٢/ ١٠٣٨) - مناهج التحصيل (٦/ ٢٥٦) - الذخيرة (٨/ ١٤) - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٢) - الحاوي (٥/ ٣٢٨) - نهاية المطلب (٥/ ٤٠٧) - البيان، العمراني (٥/ ٦٦) - العزيز شرح الوجيز (٤/ ٣١) - روضة الطالبين (٣/ ٣٥٥) - الهداية الكلوذاني ص ٢٣٤ - المغني (٤/ ٢٩٦) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٤٩) - الإنصاف (٤/ ٢٠٥) - كشاف القناع (٣/ ١٥٧).

(٤) ينظر: الحاوي (٥/ ٣٢٨) - البيان، العمراني (٥/ ٦٦)- العزيز شرح الوجيز (٤/ ٣١) - روضة الطالبين (٣/ ٣٥٥) - المغني (٤/ ٢٩٦) - الإنصاف (٤/ ٢٠٥) - المبدع (٣/ ٣٥٤) - كشاف القناع (٣/ ١٥٧).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٧) - (٥/ ٢٠١) - الاختيار، الموصلي (٢/ ١٨) - تبيين الحقائق (٢/ ١٣٤) (٥/ ٢١٨) - العناية (٣/ ٣١١) (٧/ ٥٤) - غمز عيون البصائر (١/ ٤٣٦) - مجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٥٣) ص ٣٨٦ - قواعد الفقه، البركتي ص٥٣ - الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية، البورنو ص٣٩٠.

الاعتبار الرابع : باعتبار اللزوم وعدمه[١]، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين :

القسم الأول : عقود لازمة :

وهي العقود الصحيحة النافذة التي لا تقبل الفسخ أبداً، أو تقبلها مع عدم إمكانية الفسخ إلا بالإقالة، أو تراضي العاقدين[٢].

القسم الثاني : عقود غير لازمة :

وهي العقود التي من طبيعتها أنها تقبل الفسخ من قبل أحد العاقدين أو كليهما ؛ لسبب يمنع لزومها[٣]

كما قسمت العقود باعتبار اللزوم وعدمه إلى أربعة أقسام :

أولاً : عقود لازمة بحق الطرفين، لا تقبل الفسخ بطريق الإقالة، كعقد النكاح.

ثانياً : عقود لازمة بحق الطرفين تقبل الفسخ بطريق الإقالة، كعقد البيع.

ثالثاً : عقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط دون الآخر، كعقد الكفالة.

رابعاً : عقود غير لازمة بحق كلا الطرفين، كعقد الوديعة[٤].

---

(١) ينظر: المنثور في القواعد (٢/ ٣٩٨) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٢٧٥ - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٤٢٠ - المدخل الفقهي العام (١/ ٦٣٨) - المدخل في الفقه، شلبي ص ٥٥٦ - المدخل إلى الفقه، الخياط ص١٤٧ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٥١ - الحيازة في العقود ص٢٩- صيغ العقود، الغليقة ص٣٩.

(٢) كالنكاح، والبيع.ينظر: تاريخ الفقه، أبو العينين ص ٥٠٤.

(٣) ينظر: تاريخ الفقه، أبو العينين ص ٥٠٤.

(٤) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٤٤٨).

الاعتبار الخامس: باعتبار الصيغة، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية[(١)] :

القسم الأول: العقود الناجزة:

وهي التي تكفي صيغتها لانعقادها، وترتب آثارها عليها في الحال[(٢)].

وحكمها: أن آثارها تترتب عليها في الحال ما دام العقد صحيحاً، مستوفياً لشروطه[(٣)].

القسم الثاني: العقود المضافة:

وهي التي تفيد صيغتها وجود العقد في الحال مع إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل[(٤)].

وحكمها: أنها تنعقد في الحال، أما أثرها فلا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه[(٥)].

القسم الثالث: العقود المعلقة:

والعقود المعلقة: هي التي رُتِّب وجودها على وجود أمر آخر في المستقبل[(٦)].

---

(١) ينظر: المدخل للفقه، مدكور ص٦١٣ - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٢٨٤ - المدخل إلى الفقه، شلبي ص ٥٧١ - تاريخ الفقه، أبو العينين ص٤٨٩ - الأموال ونظرية العقد، محمد موسى ص ٤١٥ - ٤٢٠ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٤٩ - أقسام العقود، جستنيه (١/ ٢١٢).

(٢) ينظر: المدخل للفقه، مدكور ص٦١٤.

(٣) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٨٤ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٤٩.

(٤) ينظر: المدخل للفقه، مدكور ص٦١٤.

(٥) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٨٤.

(٦) ينظر: المدخل للفقه، مدكور ص٦١٦.

وحكمها : لا توجد ولا يترتب عليها أثرها إلا عند وجود الشروط المعلقة عليها[١].

الاعتبار السادس : باعتبار وجود العوض، وعدمه، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام[٢] :

القسم الأول : عقود المعاوضات :

وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً ويعطي شيئاً، كالبيع والإجارة[٣].

القسم الثاني : عقود التبرعات :

وهي التي تقوم على أساس المنحة والمعونة والإحسان من أحد الطرفين للآخر، كالوديعة[٤].

القسم الثالث : عقود تحوي معنى التبرع ابتداءً، والمعاوضة انتهاءً كالكفالة[٥].

الاعتبار الثامن : باعتبار التأقيت، وعدمه، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين[٦]:

---

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٨٥ - الأموال ونظرية العقد، محمد موسى ص ٤١٩.

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٤٠) - المدخل إلى الفقه، الخياط ص ١٤٥ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٧٣ - أحكام لزوم العقد ص٣٧ - الشروط العقدية ص٤٩.

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٤٠) - المدخل إلى الفقه، الخياط ص ١٤٥.

(٤) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٦٤٠) - المدخل إلى الفقه، خياط ص١٤٥ - ضوابط العقد ص ٣٧٥- أحكام لزوم العقد ص٣٨.

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٤٠) - المدخل إلى الفقه، الخياط ص ١٤٥ - الشروط العقدية ص٥٠

(٦) ينظر: المنثور في القواعد (١/ ٢٤٠) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٢٨٢ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٨٣ - أحكام لزوم العقد ص ٣٩- ٤١ - الشروط العقدية ص٥٣ - عقد التوريد =

القسم الأول : العقود المؤقتة :

وهي العقود التي من طبيعتها أن تحدد بمدة معينة من الزمن، أو تكون قابلة للتحديد وتحدد[(١)].

ومن أمثلتها : عقد الإجارة، وعقد المزارعة.

القسم الثاني : العقود غير المؤقتة :

وهي العقود التي ليس من طبيعتها أن تحدد بمدة من الزمن، أو تكون قابلة للتحديد ولم تحدد[(٢)].

وهي نوعان :

الأول : عقود لا تقع مؤقتة مطلقاً، كالبيع، والنكاح، والوقف.

الثاني : عقود غير مؤقتة لكن تقبل التأقيت، كالوكالة، والوديعة، والوصية[(٣)].

= (٤١٩/١) - تقسيمات العقود، هشام السعيد ص ٢٣٢ - الرجوع وأثره في العقود، نايف العجمي ص ٢١.

(١) ينظر: أحكام لزوم العقد ص ٤٠ - تقسيمات العقود، السعيد ص ٢٣٠.

(٢) ينظر: المصدران السابقان، نفس أرقام الصفحات.

(٣) ينظر: تقسيمات العقود ص ٢٣٢.

المبحث الثاني

تعريف الطب، والمصطلحات ذات الصلة به

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الطب في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : المصطلحات ذات الصلة بالطب.

المطلب الأول

تعريف الطب في اللغة والاصطلاح

تعريف الطب في اللغة :

الطب : مصدر طب يطب طباً ، والطَّب والطُّب لُغتان في الطب[١] .

ويطلق الطب في اللغة على عدة معانٍ منها ما يلي :

المعنى الأول : العلم بالأشياء والمهارة فيها والحذق لها[٢].

قال ابن فارس رحمه الله : " الطاء والباء : أصلان صحيحان، أحدهما يدل على علم بالشيء ومهارة فيه.... يقال : رجل طب وطبيب، أي : عالم حاذق "[٣].

وقال الرازي رحمه الله : " وكل حاذق عند العرب طبيب "[٤]، وقال الشاعر مستشهداً لهذا المعنى :

فإن تسألوني بالنساء فإنني بصير بأدواء النساء طبيب[٥].

المعنى الثاني : "علاج الجسم والنفس "[٦].

المعنى الثالث : السحر، يقال : رجل مطبوب، أي : مسحور،

---

(١) ينظر: لسان العرب (١/ ٥٥٣) - تاج العروس (٣/ ٢٥٨).

(٢) ينظر: تهذيب اللغة (١٣ / ٢٠٧) - مقاييس اللغة (٣/ ٣١٧) - لسان العرب (١/ ٥٥٣).

(٣) مقاييس اللغة (٣/ ٣١٧).

(٤) مختار الصحاح ص ٤٠٣.

(٥) هذا البيت لعلقمة بن عبدة. ينظر: أدب الكاتب، ابن قتيبة ص٣٩٧.

(٦) المحكم والمحيط الأعظم (٩/ ١٣٤) – لسان العرب (١/ ٥٥٣).

فكنوا بالطب عن السحر، كما كنوا عن اللديغ فقالوا: سليم، وعن الفلاة وهي مهلكة فقالوا: مفازة[١].

وقد جاء في الحديث عن عائشة رضي الله عنها -: (أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - طُبَّ حتى إنه ليخيل إليه قد صنع الشيء وما صنعه ...)[٢].

كما يطلق الطب في اللغة على معانٍ منها: الرفق، والشهوة، والعادة، والإرادة، والشأن، والإصلاح، وامتداد الشيء واستطالته وغيرها من المعاني[٣].

قال ابن حجر رحمه الله: " ونقل أهل اللغة أن الطب بالكسر يقال بالاشتراك: للمداوي وللتداوي وللداء، فهو من الأضداد "[٤].

تعريف الطب في الاصطلاح:

عَرَّف ابن سينا الطب في كتابه القانون بأنه: " علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان، من جهة ما يصح ويزول عن الصحة، ليحفظ الصحة حاصلة ويستردها زائلة "[٥].

وبنحو هذا التعريف عرفه كثير ممن جاء بعده[٦].

(١) ينظر: تهذيب اللغة (١٣ /٢٠٧) - مقاييس اللغة (٣/ ٣١٧).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الدعوات، باب تكرير الدعاء برقم (٦٣٩١). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ٨٣).

(٣) ينظر: تهذيب اللغة (١٣ /٢٠٨) - مقاييس اللغة (٣/ ٣١٧) - مختار الصحاح ص٦٨٨ - لسان العرب (١/ ٥٥٣) - تاج العروس (٣/ ٢٥٨).

(٤) فتح الباري (١٠ / ١٣٤).

(٥) القانون في الطب (١/ ٢١).

(٦) ينظر: الكواكب الدراري (٢٠/ ٢٠٤)- المقدمة، ابن خلدون، (١/ ٦٥٠)- إتمام الدراية، السيوطي ص١٥٤- أبجد العلوم، القنوجي ص ٤٣١ - مفتاح السعادة، طاش كبرى زاده (١/ ٣٠٣).

وقيل في تعريفه : حفظ صحة الأصحاء وردها على المرضى بقدر طاقة الإنسان[١].

وقيل : إعادة نظام الصحة بعد اختلاله، وحدوث الشفاء للبدن بعد اعتلاله[٢].

وأجمع التعريفات السابقة تعريف ابن سينا، وكثير ممن جاء بعده قد اعتمدوا تعريفه ؛ وذلك لشموله، ولأنه اعتبر الطب علم، وبين ثمرته وغايته، فالطب علم نظري تطبيقي أباحته الشريعة ؛ لما فيه من حفظ الصحة ودفع العلل[٣]، وقد نقل ابن مفلح رَحِمَهُ اللَّهُ في الآداب[٤] : أن الربيع رَحِمَهُ اللَّهُ قال : سمعت الشافعي يقول : " العلم علمان : علم الأديان، وعلم الأبدان "[٥]، والمراد بعلم الأبدان علم الطب.

وأما الطبيب فعرف بعدد من التعاريف منها ما يلي :

قيل : هو الحاذق بالأمور العارف بها، الذي يعالج المرضى[٦].

وقيل : هو " من يحسن علم الطب "[٧].

وعرفه ابن نصر الشيزري رَحِمَهُ اللَّهُ بتعريف أقرب للشرح والإيضاح منه

---

(١) ينظر: التصريف، الزهراوي ص٧٩.

(٢) ينظر: أضواء البيان (٢/ ٤٣١).

(٣) ينظر: نهاية الرتبة، الشيزري ص٢٦٣.

(٤) ينظر: الآداب الشرعية (٢/ ٣٣٥).

(٥) هذا الأثر ذكره أبو نعيم في الحلية، وابن مفلح في الآداب منسوباً إلى الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، ولا تصح نسبته إلى الرسول ﷺ بل هو معدود في الموضوعات. ينظر: حلية الأولياء (٩/ ١٤٢) - الآداب الشرعية (٢/ ٣٣٥) - العلل المتناهية (١/ ٨٣) - الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة ص ٢٨٤.

(٦) ينظر: النهاية في غريب الحديث (٣/ ١١٠) - القاموس الفقهي ص٢٢٧.

(٧) مغني المحتاج، الخطيب الشربيني (٤/ ٩٧).

إلى بيان الحقيقة فقال : الطبيب هو : " العارف بتركيب البدن، ومزاج الأعضاء، والأمراض الحادثة فيها، وأسبابها، وأعراضها، وعلاماتها، والأدوية النافعة فيها، والاعتياض عما لم يوجد منها، والوجه في استخراجها، وطرق مداواتها ؛ ليساوي بين الأمراض والأدوية في كمياتها، ويخالف بينها وبين كيفياتها "(١).

والأقرب في تعريفه أن يقال : هو الذي يتعرف أحوال بدن الإنسان، من جهة ما يصح ويزيل عن الصحة، ليحفظ الصحة حاصلة ويستردها زائلة.

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي :

نجد العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي واضحة تتجلى في أن الطب من معانيه في اللغة الحذق، وعلاج الجسم، وهذا كله داخل في حد الطب في الاصطلاح.

---

(١) نهاية الرتبة ص ٢٦٣.

المطلب الثاني

المصطلحات ذات الصلة بالطب

أولاً : الحذق :

وهو في **اللغة** : مصدر الفعل حذق، ويطلق على معانٍ منها : التعلم، والمهارة، يقال : حذق الصبي القرآن، ومن معانيه كذلك القطع يقال : حذق السكين الشيء قطعه، ومن معانيه : الشيء الحامض، يقال : حذق الخل حمض(١).

والحذق في الاصطلاح : حصول ملكة في الإحاطة بمباديء العلم وقواعده، والوقوف على مسائله، واستنباط فروعه من أصوله(٢).

علاقة الحذق بالطب : أن الحذق من معاني الطب في اللغة.

قال ابن سلام رحمه الله: "وأصل الطَّب : الحِذْق بالأشياء، والمهارة بها "(٣)، فالحذق أصل الطب.

وقال ابن حجر رحمه الله : " والطبيب الحاذق في كل شيء "(٤).

ثانياً : التداوي :

وهو في اللغة : مصدر الفعل دوي، وهو ما داويت به، تقول : داويته أداويه مداواة ودواء، أي : عالجته، والدواء معروف، وبالقصر :

(١) ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ٢٩) - مختار الصحاح ص١٦٧ - تاج العروس (٢٥/ ١٤٥).

(٢) ينظر: أبجد العلوم ص١٠٢.

(٣) غريب الحديث، القاسم بن سلام (٢/ ٤٤).

(٤) فتح الباري (١٠ / ١٣٤).

المرض، يقال: دوي يدوي، ورجل دوٍ، وامرأة دَوِيَة، وأدويته: أمرضته، والدواء ممدود واحد الأدوية، وكسر الدال لغة فيه[١].

والتداوي في الاصطلاح: الدواء الذي يتداوى به[٢].

وقيل: استعمال ما يكون به شفاء المرض بإذن الله من: عقار، أو رقية، أو علاج طبيعي[٣].

وهذا التعريف أقرب من سابقه وأوضح.

علاقة التداوي بالطب: أن الطب وسيلة لحصول التداوي، وسبب شرعي للعلاج وحصول الشفاء بإذن الله، مع وجوب كمال التوكل على الله، بأن يعتقد المتداوي أن الله هو الفاعل، وأن التداوي من قدر الله[٤]، فالرسول ﷺ أمر بالتداوي وحث عليه، ونهى عن التواكل والإهمال، ودعا الناس للأخذ بالأسباب وبذل الجهد في محاربة الداء؛ كي يقوى الإنسان بدناً وروحاً وقلباً وعقلاً[٥].

ثالثاً: الصيدلة:

وهي في اللغة: بيع الأدوية، يقال: صيدلاني وصيدناني، والجمع صيادلة، والصيدلاني فارسي معرب، والصيدن دويبة تجمع عيداناً من النبات فشبه به الصيدناني لجمعه العقاقير[٦][٧].

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ٢٥٣) - لسان العرب (١٤/ ٢٧٦) - تاج العروس (٣٨/ ٧٤-٧٧).

(٢) ينظر: المصباح المنير ص ٢٠٥ - شمس العلوم، نشوان الحميري (٤/ ٢٢٠٥).

(٣) ينظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٢٦.

(٤) ينظر: طرح التثريب (٨/ ١٨٤).

(٥) ينظر: فقه الطبيب وأدبه في المنظور الإسلامي، عبدالله الجبوري ص ٢٦.

(٦) العقاقير: أصول الأدوية وأخلاطها، وكل نبت فيه شفاء، وخواصها: قواها التي تؤثر في الأجسام. ينظر: لسان العرب (٤/ ٥٩١) - المعجم الوسيط (١/ ٢٣٨).

(٧) ينظر: تهذيب اللغة (١٢/ ١٠٢) - المحكم والمحيط الأعظم (٨/ ٢٨٩) - لسان العرب (١١/ ٣٧٨) - تاج العروس (٢٩/ ٣١٣).

وفي الاصطلاح: علم تحضير الأدوية وتركيبها، ووصفها وتسويقها، ومتابعة تأثيراتها السريرية، وعمل برامج التوعية اللازمة لضمان جودة الخدمات الدوائية، وإيصالها للمريض بأمان وفاعلية[1].

علاقة الصيدلة بالطب:

الصيدلة فرع من فروع علم الطب، فلم تكن الصيدلة منفردة عن الطب بل قد كان الطبيب يصنع الدواء بنفسه، حتى أن علم الصيدلة لم يكن يفرد بكتاب مستقل بل يخص بباب أو مقالة ضمن مؤلف في الطب، فهناك ارتباط وثيق بين المهنتين، حيث لابد للطبيب أن يلم بعلوم الصيدلة، كما لابد للصيدلي أن يلم بعلوم الطب[2].

وهناك ألفاظ أخرى غير ما ذكر[3]، ولكن ما ذكرته ألصق وأقرب.

---

(١) ينظر: الأدوية المفردة، الغافقي ص٤٢٢ - ٤٢٣ - مسؤولية الصيادلة، النفيسة، ص ١٧٧ - مسؤولية الصيدلي المدنية ص ١٧- أحكام الأدوية، حسن الفكي ص ١٦٠ - فقه الصيدلي المسلم، الطماوي ص ٢٧.

(٢) ينظر: الطب العربي التونسي في عشرة قرون، أحمد ميلاد ص ٢٠٢ - بحوث في تاريخ الطب والصيدلة عند العرب، إبراهيم مراد ص ٧ - دور المسلمين في تطوير العلاج بالأعشاب والصيدلة، محمد البار ص ٣٤.

(٣) وذلك كلفظ البيطرة، والقابلة: والبيطرة: علم يبحث فيه عن أحوال الحيوان والخيل من جهة ما يصح ويمرض؛ لتحفظ الصحة ويزول المرض، والقابلة: المرأة التي تتلقى الوالد عند ولادتها. ينظر: شمس العلوم (١/ ٥٦٢) (٨/ ٥٣٥٠) - النهاية في غريب الحديث (٤/ ١٤) - - تحرير ألفاظ التنبيه، النووي ص٢٤٥ - المصباح المنير ص٤٨٨ - نهاية الرتبة ص٢٥٤ - الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٢/ ٢٢٩) - القاموس الفقهي ص٢٩٣.

الباب الأول

حقيقة العقــد الطبــي

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تعريف العقد الطبي، وأهميته، وخصائصه، وأقسامه.

الفصل الثاني: أركان العقد الطبي.

الفصل الثالث: شروط العقد الطبي.

الفصل الأول : تعريف العقد الطبي، وأهميته، وخصائصه، وأقسامه

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العقد الطبي.

المبحث الثاني: أهمية العقد الطبي.

المبحث الثالث: خصائص العقد الطبي.

المبحث الرابع: أقسام العقد الطبي.

المبحث الأول

تعريف العقد الطبي

عرف العقد الطبي[١] بتعريفات متعددة أبرزها ما يلي:

التعريف الأول: عقد بين الطبيب والمريض، أو من ينوب عنه، محله جسم الإنسان، يلتزم بمقتضاه الطبيب بفحص المريض أو تشخيص علته، أو علاجه، بعد الحصول على رضاه الحر المستنير بمقابل، أو دون مقابل، وفقاً للأصول العلمية والمهنية[٢][٣].

التعريف الثاني: " عقد بين طبيب ومريض على العلاج والرعاية الطبية، وفق الأصول المعتمدة لقواعد الطب، بأجر معلوم"[٤].

التعريف الثالث: " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يؤدي عملاً، لقاء أجر، يتعهد به الطرف الآخر"[٥].

---

(١) سواءً كان ذلك بمسمى العقد الطبي، أو بمسمى عقد العلاج الطبي.

(٢) ينظر: إرادة المريض في العقد الطبي، زينة العبيدي ص ٤٦.

(٣) وبنحو هذا التعريف عرفه كثير ممن كتب في العقد الطبي من ناحية قانونية. ينظر: عقد العلاج الطبي، السعيد رشدي ص٨٠ - عقد العلاج الطبي، أحمد شهيب ص٣٣ - العقد الطبي، عشوش كريم ص ١٠ - حقوق المريض في عقد العلاج الطبي، غادة المختار ص ١٠٦ - الطبيعة القانونية للعقد الطبي، بوليل أعراب ص٥-٦ - النظام القانوني لعقد العلاج، محمد أبو ذويب ص ٧ -٨ - الالتزام بالإعلام في عقد العلاج، حدة قندوز ص ٧.

(٤) أحكام عقد العلاج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، سلامة حلبية ص٢٥.

(٥) العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، السيد رضوان ص٤٨٠.

التعريف الرابع: " اتفاق يتعهد فيه الطبيب بتقديم العناية للمريض في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها، أو القيام بعمل معين فيها، مقابل أجر يدفعه المريض "(١).

التعريف الخامس: اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني مقابل أجر معلوم(٢).

التعريف السادس: " اتفاق يتعهد فيه الطبيب أو من ينوب عنه بالقيام بعمل معين، مقابل أجر يدفعه المريض، أو من يقوم مقامه "(٣).

وبالنظر إلى هذا التعاريف يظهر عليها عدد من الملاحظات منها ما يلي:

أولاً: جاء في التعاريف الثلاثة الأولى تعريف العقد الطبي بأنه (عقد)، وهذا إدخال لبعض أجزاء المعرف في التعريف، ويلزم منه الدور(٤).

ثانياً: التفصيل في ذكر بعض الشروط، والمحترزات، والأحكام، والإجراءات التي يقوم بها الطبيب في العقد الطبي، والتي يؤدي ذكرها إلى طول التعريف، وإيراد ما ليس بلازم فيه، والتعريف من ضوابطه: أن يكون جامعاً مانعاً، ومن ضوابطه: عدم إدخال الأحكام فيه(٥)، ومن

---

(١) عقد العلاج الطبي، خالد الزامل ص١٤.

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري (٧/ ١٨).

(٣) القواعد الفقهية للمسائل الطبية، يوسف آل الشيخ (٢/ ٥١٨).

(٤) الدور: هو توقف معرفة الحد على معرفة المحدود. ينظر: شرح الأخضري على السلم ص٢٩ - آداب البحث والمناظرة، الشنقيطي ص٥٦ - طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطقة والأصوليين، يعقوب الباحسين ص١٥٤.

(٥) ينظر: إيضاح المبهم من معاني السلم ص ٩- آداب البحث والمناظرة ص ٥٦ - طرق الاستدلال ص ١٥٤.

أمثلة ذلك ما يلي:

أ - جملة (يلتزم بمقتضاه الطبيب بفحص المريض أو تشخيص علته، أو علاجه) في التعريف الأول، فهذه الجملة تشير إلى مراحل العمل الطبي،ويكفي بدلاً عنها أن يقال : (يلتزم بمقتضاه الطبيب بعمل طبي).

ب - جملة (وفقاً للأصول العلمية والمهنية) في التعريف الأول، فهذه الجملة لا حاجة لذكرها ؛ لأنه لا يترتب على ذكرها تصور حقيقة العقد الطبي.

ج - جملة (على العلاج والرعاية الطبية، وفق الأصول المعتمدة لقواعد الطب) في التعريف الثاني، فهي عبارة زائدة لا حاجة إليها.

د - ذكر الرضا في التعريف الأول، والرضا ليس من أركان العقد التي تبرز في التعريف.

هـ - بيان أن العقد قد يكون بمقابل أو بغير مقابل كما في التعريف الأول، والعقد الطبي لا بد فيه من مقابل، ثم إن هذا لا يترتب عليه فائدة في تصور التعريف.

و - بيان أقسام الإجارة على العمل في التعريف الرابع، وبيانها لا حاجة لإيراده.

ثالثاً: جاء في التعاريف بيان نوع العوض، وأن العقد الطبي يقوم بين الطبيب والمريض مقابل أجر يسلمه المريض للطبيب، وهذا قصر للعوض على الأجرة، مع أن العوض في العقد الطبي أعم من ذلك، حيث يشمل الجعل في عقد الجعالة، والثمن في عقد البيع، لذا كان التعبير بلفظ (العوض) أولى من التعبير بلفظ (الأجر).

من خلال ما سبق يمكن أن أخلص إلى تعريف مستفاد من جملة التعريفات السابقة فأقول:

العقد الطبي هو: التزام، يقتضي قيام الطبيب أو من ينوب عنه بأداء عمل طبي، بعوض، يدفعه المريض، أو من يقوم مقامه.

- (التزام): لفظ يعبر عن العقد المبرم بين الطبيب والمريض، ومقتضاه كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل، أو بامتناع عن عمل، لمصلحة غيره[(١)]، وهذا متحقق في العقد الطبي، فكل عمل يقوم به الطبيب لأجل المريض، أو يمتنع عن القيام به يجب أن يكون دافعه مصلحة المريض.

ولما كان كل عقد هو سبب الأحكام التي تنشأ عنه[(٢)]، كان العقد الطبي هنا هو مصدر الالتزام؛ لأنه هو الذي أنشأه، وربط بين طرفيه: الطبيب، والمريض.

- (يقتضي قيام الطبيب، أو من ينوب عنه): هذا هو الركن الأول من أركان العقد الطبي، والذي ينوب عن الطبيب هنا قد يكون شخصاً حقيقياً كطبيب آخر، وقد يكون شخصاً اعتبارياً كالمستشفى.
- (أداء عمل طبي): هذا هو الركن الثاني من أركان العقد الطبي، وهو العمل الذي يؤديه الطبيب، والأصل في العمل أن يكون معلوماً إذا كان من قبيل الإجارة، أو البيع، ويجوز أن يكون مجهولاً إذا كان من قبيل الجعالة كمن يقول: من يداويني فله كذا وكذا، فهنا لم يعين نوع المداواة، وطريقتها، والعمل الطبي يشمل المداواة، وتقديم العناية الطبية أياً كان نوعها، فهو شامل للجميع.

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٣٨٠).

(٢) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الزرقا ص ٩٧.

وجاء الاقتصار هنا على العمل الطبي؛ لأنه مجال العقد، فخرج بذلك الأعمال غير الطبية التي قد يقوم بها الطبيب، مثل: بيعه، وشرائه، وسائر تصرفاته التي لا يكون المريض طرفاً فيها، ولا علاقة لها بالعمل الطبي.

- (بعوض): هذا هو الركن الثالث من أركان العقد الطبي، وهو العوض الذي يجب بذله في العقد الطبي، وإنما عبرت بلفظ (عوض) ليشمل الثمن إذا كُيِّف العقد الطبي بيعاً، ويشمل الأجرة إذا كان العقد في صورة الإجارة، ويشمل الجُعْل إذا كان العقد الطبي عقد جعالة.
- (يدفعه المريض، أو من يقوم مقامه): هذا هو الركن الرابع من أركان العقد الطبي، والذي يقوم مقام المريض قد يكون شخصاً طبيعياً، وقد يكون شخصاً اعتبارياً، كما أن المريض قد يكون هو من أنابه، وقد لا يكون، كمن وجد مريضاً فأنقذه إلى المستشفى، ولم يكن ثَمَّ أحد سواه فدفع الأجرة، ولذا جاءت عبارة (أو من يقوم مقامه) لتكون شاملة.
- الركن الخامس: الصيغة، ولم يرد ذكرها في التعريف لوضوحها، وهذه الأركان هي على سبيل التفصيل، ومردها إلى ثلاثة إجمالاً كما سيأتي بيانه عند الحديث عن أركان العقد.

المبحث الثاني

أهمية العقد الطبي

تبرز أهمية العقد الطبي من خلال إبراز أهمية العقود بشكل عام، ثم أهمية الطب، ومن خلال ذلك تتضح أهمية العقد الطبي بشكل خاص، ولذا سيكون الكلام حول أهمية العقود أولاً، ثم أهمية الطب ثانياً:

أولاً: أهمية العقود:

للعقود أهمية عظيمة، والحاجة إليها كبيرة، وتظهر أهميتها من خلال ما يلي:

أ - أن العقود هي عهود الله التي أمر بالوفاء بها، وأضافها إلى نفسه لأهميتها فقال سبحانه: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾ [النّحل: ٩١]، وأمر بدفع ما يعارضها، ورد ما يضادها؛ كي لا يقع المسلم في مخالفة أمر الله فقال سبحانه: ﴿فَلۡيَحۡذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنۡ أَمۡرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمۡ فِتۡنَةٌ أَوۡ يُصِيبَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النُّور: ٦٣][١]، ويشمل ذلك كل ميثاق واثقه الإنسان، وكل عقد عاقده، وكل عهد عاهده[٢]؛ لأن اللفظ هنا عام لجميع ما يعقده اللسان، ويلتزمه الإنسان من بيع أو صلة أو مواثقة[٣].

(١) ينظر: قاعدة العقود، ابن تيمية (١/ ٣٤٩) - ضوابط العقود، البعلي ص ٦.

(٢) ينظر: جامع البيان، الطبري (١٧/ ٢٨١) - الوجيز، الواحدي ص٦١٧.

(٣) ينظر: المحرر الوجيز، ابن عطية (٣/ ٤١٧)

ب - أن العقود من أهم وسائل المعاملات بين الناس، فعن طريقها يتبادل الناس الأعيان والمنافع، فهي متصلة بمعاشهم، لا غنى لهم عنها؛ حيث إن ما لدى الإنسان لا يعتبر كافياً في سد متطلباته، وليس باستطاعته صنع كل مستلزماته، لذا جاءت الشريعة بالاهتمام بها، وتنظيم طرائقها، وتحديد أركانها وشرائطها؛ حتى يدرك العاقد ما له من حقوق فيطالب بها، ولا يتجاوزها، وما عليه من التزامات فيؤديها ولا يمنعها(١)، ففي شرعية العقود " بقاء المكلفين المحتاجين، ودفع حاجتهم على النظام الحسن"(٢).

فـ " العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه، ودفع الحاجات"(٣).

ج - أن تحصيل الكسب فريضة على المسلم، وقد سوى الله بين الذين يضربون في الأرض يبتغون من فضله وبين المجاهدين في سبيله(٤) فقال سبحانه: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَءَاخَرُونَ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [المُزّمل: ٢٠]، فبين عظيم درجة مكتسبي المال الحلال؛ للنفقة على النفس والعيال(٥)، والكسب طريق المرسلين، ومنفعته متعدية، وفيه بقاء نظام العالم، والإعانة على القرب والطاعات(٦)، ولما كان الكسب يحصل بكل طريق مباح كان العقد في مقدمة الطرق المشروعة لتحصيله، والعقد من أسباب رواج

---

(١) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٨ - نظرية العقد الموقوف ص٩ - ضوابط العقد، التركماني ص١٧ - محل العقد، عطيف ص١٠ - صيغ العقود، الغليقة ص٥٢-٥٥.

(٢) شرح فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٢٤٨).

(٣) الفروق، القرافي (٤/ ٣٦).

(٤) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (١٩/ ٥٥).

(٥) ينظر: المصدر السابق ، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٦) ينظر: الكسب، محمد بن الحسن الشيباني ص ٣٢ ٣٣، ٣٤، ٤٧، ٤٨، ٦١.

الأموال ووضوحها وحفظها والعدل فيها، وذلك من مقاصد الشريعة وغاياتها[١].

د - أن الجهل بأحكام العقود سبب للخصومات ووقوع النزاعات، والتعدي على الحقوق، وانتشار الفوضى في المجتمع، ثم هو سبب لأكل الحرام، والوقوع في الظلم والآثام، حيث إن الجاهل قد يقع في المحظور من حيث لا يشعر، وقد يعقد عقداً لا تقره الشريعة[٢]، ولذا جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (لا يبع في سوقنا إلا من قد تفقه في الدين)[٣].

قال الغزالي رحمه الله: تحصيل علم الكسب واجب على كل مسلم؛ حتى يقف على مفسدات المعاملة فيتقيها، وكي يتميز له المباح من المحظور، وموضع الإشكال من موضع الوضوح، وإذا لم يتعلم مفسدات العقود فإنه يستمر في التصرفات ويظنها صحيحة[٤].

ثانياً: أهمية الطب:

للطب أهمية كبيرة، وفوائد متعددة، ويمكن إيضاح ذلك من خلال النقاط التالية:

أ - أن فضل صناعة الطب قد أجمعت عليها الأمم، وشهدت بها

(١) ينظر: مقاصد الشريعة، ابن عاشور ص ٤٦٤.

(٢) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص٥٣ - الكليات التي يرجع إليها حكم العقد في الفقه ص ١٧١ - ١٧٣.

(٣) هذا الأثر أخرجه الترمذي في سننه في كتاب الصلاة، باب ما جاء في فضل الصلاة على النبي ﷺ برقم (٤٨٧)، وقال عنه: هذا حديث حسن غريب، وصحح ابن كثير إسناده، وحسنه الألباني. ينظر: سنن الترمذي (١/ ٦١٥) - مسند الفاروق، ابن كثير (١/ ٣٤٩) - صحيح سنن الترمذي، الألباني ص٢٧٥.

(٤) ينظر: إحياء علوم الدين، الغزالي، دار المعرفة، (٢/ ٦٤).

الشرائع على اختلافها، واتفقت الملل على جلالتها، وأثبتت القياسات الصحيحة والتجارب المستمرة حاجة الناس إليها، واستعملها الأنبياء والأوصياء واقتدى بها الأتقياء والعلماء[١].

يدل لذلك الشواهد التالية:

قال الإمام الشافعي رحمه الله: (العلم علمان: علم الأبدان، وعلم الأديان)[٢].

وقال: (شيئان أغفلهما الناس: النظر في الطب، والنظر في النجوم)[٣].

وقال: (لا أعلم علماً بعد الحلال والحرام أنبل من الطب، إلا أن أهل الكتاب قد غلبونا عليه)[٤].

جاء في عيون الأنباء: " صناعة الطب من أشرف الصنائع وأربح البضائع، وقد ورد تفصيلها في الكتب الإلهية، والأوامر الشرعية، حتى جعل علم الأبدان قريناً لعلم الأديان "[٥].

ب - أن الطبيب حاكم في النفوس والأجسام، حيث إن موضوع نظره هو بدن الإنسان، ولا شك أن النفوس والأبدان أشرف من الأموال[٦].

---

(١) ينظر: أخلاق الطبيب، الرازي ص ٨٧ - التشويق الطبي، صاعد بن الحسن ص ٥٥.

(٢) سبق تخريجه ص٤٧.

(٣) هذا الخبر أورده أبو نعيم في الحلية، وابن مفلح في الآداب منسوباً إلى الإمام الشافعي. ينظر: حلية الأولياء، أبو نعيم، (٩/ ١٣٦)- الآداب الشرعية (٢/ ٣٣٥).

(٤) هذا الخبر ذكره الإمام الذهبي في السير، وابن كثير في طبقات الشافعيين. ينظر: سير أعلام النبلاء (١٠ / ٥٧) - طبقات الشافعيين، ابن كثير ص٣٢.

(٥) عيون الأنباء في طبقات الأطباء ص٧.

(٦) ينظر: أدب الطبيب، الرهاوي ص٤٠ - في بيان الحاجة إلى الأطباء، الشيرازي ص ١٠٩- كشف الظنون (١/ ١٨)

قال الآلوسي رحمه الله : " إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم؛ لأن النفس أشرف من المال "[١].

ج - أنه لا يدرك شيء من أمر الدنيا والآخرة إلا بالقوة، ولا قوة إلا بالصحة ؛ والصحة إنما تحفظ وتدوم أو تجلب وتقوم بصناعة الطب، والطب يحفظ البدن، ويدفع عنه غوائل المرض، ومتى كان البدن صحيح البنية قام بالواجبات المترتبة عليه، فالعافية أفضل ما أنعم الله بها على الإنسان بعد الإسلام ؛إذ لا يتمكن المرء من حسن تصرفه والقيام بطاعة ربه إلا بوجودها، وقد قال ﷺ: (نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس : الصحة، والفراغ)[٢]، وبذلك كانت صناعة الطب أشرف الصنائع، والعلم بها أقدم العلوم[٣].

جاء في عيون الأنباء : " قالت الحكماء : إن المطالب نوعان : خير ولذة، وهذان الشيئان إنما يتم حصولها للإنسان بوجود الصحة ؛ لأن اللذة المستفادة من هذه الدنيا، والخير المرجو في الدار الأخرى لا يصل الواصل إليهما إلا بدوام صحته، وقوة بنيته"[٤].

د - ما يثمره الطب للناس كافة من المنافع الدينية والدنيوية ومنها: الإقرار بتوحيد الله سبحانه، والوقوف على لطيف حكمته، وعلو

(١) روح المعاني (٥/ ١٢٢).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الرقاق، باب الصحة والفراغ ولا عيش إلا عيش الآخرة، برقم (٦٤١٢) (٨/ ٨٨)

(٣) ينظر: أدب الطبيب، الرهاوي ص٢٠٨ - في بيان الحاجة إلى الأطباء ص١١٠ - الطب النبوي، الذهبي ص٢٥ - الطب الإسلامي،أحمد طه ص١٨١ - روائع الطب النبوي، الدقر ص١٧.

(٤) عيون الأنباء في طبقات الأطباء ص٧.

قدرته، وحسن عنايته بخلقه، والقيام بالشرائع على الوجه المطلوب، وحصول اللذة الدائمة، والمال النافع، مع الذكر الجميل، والثواب الجزيل، وهو من العلوم التي تحتاجها الأمة للتطوير، وتعمير الأرض، وتحقيق عملية الاستخلاف وإعداد القوة المطلوبة(١)، لذا كان تحصيله من فروض الكفايات المطلوبة.

قال السعدي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : " صناعة الطب من العلوم النافعة، المطلوبة شرعاً وعقلاً "(٢).

قال الغزالي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : " أما فرض الكفاية فهو علم لا يستغنى عنه في قوام أمور الدنيا كالطب، إذ هو ضروري في حاجة بقاء الأبدان...... وهذه هي العلوم التي لو خلا البلد عمن يقوم بها حرج أهل البلد، وإذا قام بها واحد كفى وسقط الفرض عن الآخرين "(٣).

ومن خلال ما سبق عرضه عن أهمية العقود، والطب تتضح أهمية العقد الطبي؛ ذلك أن العقد الطبي من أوسع العقود انتشاراً، وأكثرها تعلقاً بحاجات الناس، فلا يستغني عنه أحد، ثم هو متعلق بجسم الإنسان، والأصل عدم المساس به إلا وفق ضوابط تقرها الشريعة، وقواعد يحددها الفقهاء، لا سيما مع ما ينشأ عنه من التزامات، وما يترتب عليه من حقوق(٤).

---

(١) ينظر: أدب الطبيب ص٢١١.
(٢) بهجة قلوب الأبرار، السعدي ص ١٨٧.
(٣) إحياء علوم الدين (١/ ١٦).
(٤) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض ص ٦- العقد الطبي، قيس المبارك، دار الإيمان، ط٤، ١٤٣٤ه ص ٨٩.

المبحث الثالث

خصائص العقد الطبي

للعقد الطبي خصائص[١] معينة، ومميزات محددة تميزه عن سائر العقود، وسأذكر منها ما يلي:

أولاً: الإنسانية:

والإنسانية: هي الخيرية الدافعة للشخص للإحسان إلى الناس بماله، أو عمله[٢]، وتشمل كل ما اختص به الإنسان من المحامد وكرم الأخلاق[٣].

والإنسانية صفة تجعل المسلم رحيماً بالمسلمين، مشفقاً على المرضى والمحتاجين، عطوفاً على الفقراء والمعوزين، وقد كان ﷺ شديد التأثر بالحالة الإنسانية التي تنتاب بعض الأقوام بسبب جهد حاصل، أو بلاء نازل، أو هم قاتل.

جاء في الحديث عن المنذر بن جرير عن أبيه -رضي الله عنه- قال: "كنا عند رسول الله ﷺ في صدر النهار، قال: فجاءه قوم حفاة، عراة،

---

(١) الخصائص: جمع خصيصة، وهي الصفة التي تميز الشيء وتحدده، وهي كلية مقولة تطلق على أفراد حقيقة واحدة، سواءً وجدت في جميع الأفراد أو في بعضها، وهذه الخصائص والمميزات قد توجد في غير العقد الطبي إلا أن العقد الطبي اختص بها بمزيد عناية، وامتاز عن غيره بأهمية تحققها فيه. ينظر: التعريفات ص١٢٨ - الكليات ص ٦٦٢ - المعجم الوسيط (١/ ٢٣٨) - معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار (١/ ٦٥٢).

(٢) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة (١/ ١٣٠).

(٣) ينظر: دائرة معارف القرن العشرين (١/ ٦٩٩).

مجتابي النمار[(١)]، أو العباء، متقلدي السيوف[(٢)]، عامتهم من مضر[(٣)]، بل كلهم من مضر، فتمعر[(٤)] وجه رسول الله ﷺ؛ لما رأى بهم من الفاقة[(٥)]، فدخل ثم خرج، فأمر بلالاً فأذن، وأقام فصلى ثم خطب فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ﴾ [النِّسَاء: ١] إلى آخر الآية ﴿إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النِّسَاء: ١]، والآية التي في الحشر: ﴿ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَلْتَنظُرْ نَفْسٌ مَّا قَدَّمَتْ لِغَدٍ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ﴾ [الحَشر: ١٨] تصدق رجل من ديناره[(٦)]، من درهمه[(٧)]، من ثوبه، من صاع[(٨)] بره، من صاع تمره،

---

(١) مجتابي النمار: أي لابسوا النمار، يقال: اجتبت القميص أي: دخلت فيه، والنمار: كل شملة مخططة من مآزر الأعراب، وجمعها نمار، وهي من الصفات الغالية، والمعنى: أنه جاءه قوم لبسهم أزر مخططة من صوف. ينظر: مطالع الأنوار، ابن قرقول (٢/ ١٩٠) - النهاية في غريب الحديث والأثر (١/ ٨٣٢) (٥/ ٢٤٩).

(٢) متقلدي السيوف: جاعلوها في رقابهم. ينظر: غريب الحديث، الحربي (٢/ ٨٩١) - الكواكب الدراري (٤/ ٨٩).

(٣) مضر: نسبة إلى مضر بن نزار، قبيلة معروفة، تنتسب إليها قريش، وغيرها، ومضر هو أخو ربيعة بن نزار، وكلاهما من ولد إسماعيل ﷺ. ينظر: الأنساب، السمعاني (٥/ ٣١٨) - اللباب، الجزري (٣/ ٢٢٢).

(٤) تمعر: أي: تغير لونه، وأصله قلة النضارة وعدم إشراق اللون من قولهم: مكان أمعر، وهو الجدب الذي لا خصب فيه. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٤/ ٧٤٣)- الكواكب الدراري (١٢/ ١٩٨).

(٥) الفاقة: الحاجة والفقر. ينظر: مشارق الأنوار (٢/ ١٦٥) - النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٩٤٥).

(٦) الدينار: وحدة وزن ونقد، وهو المثقال، ولم يختلف وزنه في جاهلية ولا إسلام، ويزن بالأوزان المعاصرة (٤,٢٥) جرام. ينظر: الميزان في الأقيسة والأوزان ص٤٨ - ٥٤- الإيضاحات العصرية للمقاييس والمكاييل ص٢٠٥.

(٧) الدرهم: وحدة وزن، ونقد، وأول من ضربه عبدالملك بن مروان، وهو يساوي ستة دوانق، أو اثني عشر قيراطاً، ويعادل بالجرامات (٢,٩٧٥). ينظر: الميزان في الأقيسة ص٥٥-٧٢ - معجم المكاييل والمقاييس ص٩٣.

(٨) الصاع: هو الذي يكال به، وهو أربعة أمداد، ويزن (٢,١٧٦) كيلين ومئة وستة وسبعين جراماً. ينظر: الميزان في الأقيسة والأوزان ص١٣٣- ١٣٦ - الإيضاحات العصرية للمقاييس ص٨٤ -٨٧.

حتى قال: ولو بشق تمرة، قال: فجاء رجل من الأنصار بِصُرَّة[(١)]، كادت كفه تعجز عنها، بل قد عجزت، قال: ثم تتابع الناس، حتى رأيت كُوْمَين[(٢)] من طعام وثياب، حتى رأيت وجه رسول الله ﷺ يتهلل[(٣)] كأنه مُذْهَبة[(٤)]......)[(٥)].

وجه الدلالة: أن هذا الحديث يدل على فرح النبي ﷺ بدفع حاجة هؤلاء المحتاجين، وشفقة المسلمين بعضهم على بعض، وتعاونهم على البر والتقوى[(٦)].

والإنسانية هي السمة الأبرز التي يختص بها العقد الطبي عن غيره، فيتعين فيه احترام حياة الإنسان وكرامته، دون تمييز بسبب اللون، أو العرق، أو الدين، أو اللغة، أو غيرها، وأصول وقواعد مهنة الطب تستوجب من الطبيب احترام حياة مرضاه وكرامتهم، وذلك من خلال التعامل الإنساني اللائق معهم[(٧)].

وعمل الطبيب وإن كان فنياً إلا أن الطابع الإنساني يفرض على

---

(١) الصرة: ما تعقد فيه الدراهم. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف ص٤٥٣.

(٢) كومين: أصل الكوم: العلو والارتفاع، والعظيم من كل شيء، وهو بالضم: اسم لما كُوِّم، والمراد: صبرتان عاليتان رفيعتان. ينظر: مشارق الأنوار (١/ ٣٠) – النهاية في غريب الحديث (٤/ ٣٩١).

(٣) يتهلل: يستنير فرحاً وسروراً، ويظهر عليه ذلك. ينظر: مشارق الأنوار (٢/ ٢٦٩) – المنهاج، النووي (٧/ ١٠٣).

(٤) مذهبه: أي كأنه شيء مذهب أو مموه بالذهب، شبه صفاء وجهه الكريم ﷺ بالفضة المذهبة ؛ لأنها أبلغ في حسن الوجه وإشراقه. ينظر: النهاية (٢/ ٤٣١) - شرح النووي على مسلم (٧/ ١٠٣).

(٥) الحديث أخرجه مسلم في كتاب الزكاة، باب الحث على الصدقة ولو بشق تمرة برقم (١٠١٧) (٢/ ٧٠٤).

(٦) ينظر: شرح النووي على مسلم (٧/ ١٠٣).

(٧) ينظر: حقوق المريض في عقد العلاج، غادة المختار ص١١٦.

الطبيب مراعاة حالة المريض النفسية، وعدم الامتناع عن تقديم العلاج لمن يحتاجه؛ ذلك أن محل العقد الطبي أجساد الناس وأبدانهم المصانة في جميع الأديان وكافة القوانين(١).

وإنسانية الطبيب تقتضي أن يكون قريباً من المريض، محباً لعلاجه، يلاقيه بالبشاشة والإيناس، ويمشي إلى الشخص الضعيف، ولا يتكبر على الفقير، ولا يستنكف عن مداواة العليل(٢).

واحترام الحياة الإنسانية عامل مهم في سلامة المريض النفسية والجسدية، ومساعدته في اتخاذ القرار المناسب، وتخليصه من الألم والمعاناة(٣)، إضافة إلى أنها تُحَفِّز المراقبة الذاتية لدى الطبيب، وتجعله أكثر مصداقية، وأشد اهتماماً وعناية بالمريض.

ثانياً: المصداقية والثقة:

والمصداقية هي: مطابقة الفعل للقول، وجدارة الشخص أو الأمر بالثقة(٤)، وكل ما يجعل الشيء صادقاً فهو مصداقية(٥).

والثقة: الاعتماد على الغير(٦)، ومن يعتمد عليه في القول والفعل فهو ثقة(٧)، ولفظ الثقة يتردد بين الأمانة والفهم(٨)، والثقة: صفة لشخص من كان أهلاً للائتمان في أقواله وأفعاله(٩).

---

(١) ينظر: إرادة المريض في العقد الطبي ص٧٢ - عقد العلاج الطبي، الزامل ص ٣٩.
(٢) ينظر: في بيان الحاجة إلى الطب والأطباء، الشيرازي ص ١٧١.
(٣) ينظر: الالتزام بالتبصير، عبدالغفار ص٣٩- مدى التزام الطبيب بتبصير المريض، ابن صغير ص٢٧٩.
(٤) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة (٢/ ١٢٨٣).
(٥) ينظر: دائرة معارف القرن العشرين (٥/ ٤٦٢).
(٦) ينظر: شمس العلوم (١١/ ٧٠٦٦).
(٧) ينظر: التعريفات ص ٩٩ - التوقيف ص٢٢١.
(٨) ينظر: الكليات ص٥٠٢.
(٩) ينظر: معجم لغة الفقهاء ص١٥٤.

والمصداقية والثقة مطلوبة في جميع الأعمال والمهن، وهي داخلة في إتقان العمل وإحسانه وتجويده، وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحْسِنُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البَقَرَة: ١٩٥]، أي: " أوقعوا الإحسان على العموم "[١]، وفيها أمر لهم بإحسان الأعمال والأخلاق، والحث على الجودة في العمل والإتقان فيه[٢]؛ ذلك أن إحسان العبد العمل سبب لإحسان الله إليه[٣].

وقال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَكُونُواْ مَعَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [التّوبَة: ١١٩]، فهذه الآية تعم الصدق في الأقوال والأفعال والمقاصد والعزائم[٤]، وتدل على أهمية الصدق في جميع الأحوال وكافة التصرفات، وهي تشمل بعمومها الأطباء، فهم ملزمون شرعاً بالصدق فيما يقولون ويخبرون ويتصرفون[٥]

وطبيعة العمل الطبي تقتضي الثقة، وتقوم عليها، فهي أساس العمل الطبي، وسند استمراره[٦].

والطبيب يجب أن يكون ثقة صادقاً في لهجته وأداء أمانته[٧]، ناصحاً فيما يتوخاه، متقرباً بنصحه إلى الله لا إلى الخلق، بعيداً عن التصرفات التي تقدح في المصداقية وتؤثر في الثقة، فلا يصف دواءً

(١) نظم الدرر، البقاعي (١/ ٣٦٨).
(٢) ينظر: أنوار التنزيل (١/ ١٢٩) - نواهد الأبكار، السيوطي (٣/ ٤٠٣).
(٣) ينظر: الاستقامة، ابن تيمية (٢/ ٢٣٤).
(٤) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٨/ ٢٨٩) - التسهيل، ابن جزي (١/ ٣٥٠).
(٥) ينظر: الأخلاق والآداب الواجبة على، محمد مقبول ص ٢٩٤.
(٦) ينظر: العقد الطبي ومشكلات مشروعية المحل، عبدالرحمن حمدي ص٢٨.
(٧) ينظر: التشويق الطبي ص ٦٥.

قاتلاً، ولا دواءً لإسقاط الأجنة، أو لقطع النسل، ويجب عليه أن يعالج صديقه وعدوه بنظر واحد وعناية واحدة[١].

والثقة تعتمد على المصارحة والصدق، وتتنافى مع التدليس، لذا كانت العلاقة بين طرفي العقد الطبي يجب أن تسودها المصداقية، وأن تتسم بالثقة؛ فالمريض لا مصلحة له في إخفاء حقائق عن وضعه الصحي، والطبيب لا مصلحة له غير شفاء المريض، وانخفاض المصداقية أو غيابها لا فائدة فيه لأي من الطرفين[٢].

ومعيار المصداقية والثقة يعد مصدراً لكثير من الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد الطبي، ومن أهمها تبصير المريض بطبيعة مرضه وطريقة علاجه؛ ذلك أن عدم التساوي بين الطرفين في جوانب العلم والمعرفة يلقي بالمسؤولية الكبرى على الطبيب، فالمريض قد سلم نفسه له، وأبدى شكواه إليه[٣].

ثالثاً: الالتزامات المتقابلة:

والالتزام هو: "كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل، أو بامتناع عن عمل، لمصلحة غيره"[٤]

والمراد بالالتزامات المتقابلة في العقد: أن العقد الطبي يفرض على طرفيه التزامات وحقوقاً يجب أداؤها، ويمتنع الإخلال بها[٥].

---

(١) ينظر: في بيان الحاجة إلى الأطباء ص١٧١.
(٢) ينظر: إرادة المريض في العقد الطبي ص ٧١ - العقد الطبي، عشوش كريم ص ٢٢.
(٣) ينظر: التزامات الطبيب، نجيدة ص ١٤ - أحكام عقد العلاج، حلية ص ٢٤٠.
(٤) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الزرقا ص ٩٣.
(٥) ينظر: الطبيعة القانونية للعقد الطبي، بوليل أعراب ص ٤٧.

وهذه الالتزامات هي نتيجة العقد الطبي المبرم بين الطبيب والمريض، أو من يقوم مقامهما.

والأصل الشرعي في تحديد هذه الالتزامات حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[١]، فهذا الحديث دليل على أن الطبيب لا بد أن يكون حاذقاً، له شيخ معروف، واثق من نفسه بجودة صنعته، وإحكام معرفته[٢]، صاحب تجربة وإتقان وبذل جهد[٣]، فهو أصل في ضمان الطبيب، متضمن مسؤوليته عن خطئه.

والمسؤولية إحدى الالتزامات الواردة بين المتعاقدين في العقد الطبي؛ لأن المتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدي[٤]، ولا يحل لأحد أن يتعاطى صناعة من الصناعات وهو لا يحسنها[٥].

فكان التزام الطبيب بمسؤوليته عندما يهمل أو يقصر أو يكون جاهلاً أصلاً لسائر التزاماته الأخرى.

ولقد عرف العرب في تنظيم ممارسة مهنة الطب صوراً من ضبط الحقوق والواجبات على نحو ما تقوم به القوانين الطبية المعاصرة وقواعد

---

(١) الحديث أخرجه بلفظه أبو داود في كتاب الديات، باب فيمن تطبب ولا يعلم منه طب فأعنت برقم (٤٥٨٦) والنسائي بلفظ مقارب في كتاب القسامة، باب صفة شبه العمد برقم (٤٨٣٠) وابن ماجة في كتاب الطب، باب من تطبب ولم يعلم منه طب برقم (٣٤٦٦) وصحح إسناده الحاكم، ووافقه الذهبي، وحسنه الألباني في السلسلة. ينظر: سنن أبي داود (٦/ ٦٤٣) – سنن النسائي (٨/ ٥٢) - سنن ابن ماجة (٤/ ٥١٩) – المستدرك على الصحيحين (٤/ ٢٣٦) - سلسلة الأحاديث الصحيحة، الألباني (٢/ ٢٢٦).

(٢) ينظر: سبل السلام، الصنعاني (٣/ ٢٥٠).

(٣) ينظر: فيض القدير، المناوي (٦/ ١٠٦).

(٤) ينظر: معالم السنن، الخطابي (٤/ ٣٩). (٥) ينظر: بهجة قلوب الأبرار ص ١١٧.

ممارسة الطب[١]، وطبيعة العقد الطبي تفرض ضرورة التعاون المتبادل بين طرفي العقد، وتنفيذ الالتزامات المتبادلة بينهما، ومن أبرزها : إلزام المريض بأداء الأجرة، والتعاون مع الطبيب، والتزام الطبيب بالعلاج، وتبصير المريض، والحرص على سلامته، وكتم أسراره[٢].

رابعاً: الزمنية والاستمرارية:

والمراد بذلك: ما كان الزمن عنصراً جوهرياً فيه، وكان تنفيذه يستغرق مدة من الزمن[٣].

والعقد الطبي عقد زمني مستمر التنفيذ[٤]؛ لأن العلاج محوره وغايته، ولا يمكن تحقق ذلك بصورة فورية، بل يأخذ مدة زمنية غير محددة بحسب طبيعة المرض وحال المريض؛ ولأن تنفيذ العقد الطبي يستدعي مروره بمراحل عدة من: تشخيص، وعلاج، ومتابعة ،ولا يتحقق ذلك في الغالب في لحظة زمنية واحدة، بل يستغرق وقتاً، قد يطول وقد يقصر، مما يجعله عقداً زمنياً مستمراً متتابعاً[٥].

ومن مميزات العقد المستمر أن الالتزامات تتقابل فيه تقابلاً تاماً، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر[٦]، كما هو الحال هنا في العقد الطبي.

---

(١) ينظر: لمحات عن التراث الطبي العربي، مرسي محمد ص ٨٣.

(٢) ينظر: عقد العلاج الطبي، شهيب ص٣٩.

(٣) ينظر: نظرية العقد، السنهوري (١/ ١٤٢).

(٤) ينظر: عقد العلاج الطبي، شهيب ص٣٧ - الطبيعة القانونية للعقد الطبي ص ٥٣ - حقوق المريض في عقد العلاج ص ١١٠ - العقد الطبي، عشوش كريم ص ٢٣ - الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، حسام الفهاد ص٢٦.

(٥) ينظر: عقد العلاج الطبي، شهيب ص٣٧ - الطبيعة القانونية للعقد الطبي ص ٥٣.

(٦) ينظر: نظرية العقد، السنهوري ص ١٤٢.

وقد أكدت كتب أدب الطب على أهمية مراعاة الزمن، والاستمرار في العلاج عند العناية بصحة المريض، ومتابعة حالته بالغدو والعشي؛ لأن المرض سريع التغير، والمريض يحتاج إلى وقت طويل وزمن مديد حتى يُعرف المرض، وسببه، ومدى الاستجابة[١]، ولما كانت العلة تزيد وتنقص بحسب الأسباب الفاعلة لها، وبحسب الزمان، والوقت من السنة، وتختلف المداواة بحسب عادة المريض وصناعته وجب أن يعرف الطبيب جميع ذلك حتى يتمكن من العلاج[٢].

ويؤكد ما سبق أن العقد الطبي يتضمن التكرار؛ حيث إن الدواء الذي يصفه الطبيب للمريض يتفق معه على تكراره لمرات متعددة ومتتابعة؛ ليصبح تنفيذه دورياً، وذلك يقتضي مدة من الزمان، ثم إن الطبيب يلتزم بالمحافظة على أسرار مريضه، وهذا الالتزام مستمر التنفيذ؛ حيث يمتنع على الطبيب الكشف عن أسرار المريض حتى بعد انتهاء العقد، ومغادرة المريض لعيادة الطبيب ليست نهاية العقد بينهما[٣].

خامساً: قيامه على بذل العناية من الطبيب دون تحقق النتيجة:

والمراد بذلك: أن التزام الطبيب تجاه المريض ينحصر في بذل العناية لا في تحقق النتيجة[٤].

أي: أن العقد الطبي ليس فيه التزام بنتائج مادية كالشفاء في غالب صوره، وإنما يقوم على الالتزام ببذل العناية والجهد، بينما باقي العقود

---

(١) ينظر: في بيان الحاجة إلى الطب ص١٣١.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص ٢٢٣.

(٣) ينظر: عقد العلاج الطبي، شهيب ص٣٧ - الطبيعة القانونية للعقد الطبي ص٥٥ - حقوق المريض في عقد العلاج الطبي ص١١١ - العقد الطبي، عشوش كريم ص ٢٤.

(٤) ينظر: المسؤولية المدنية للطبيب، سلمان القرشي ص ٤١.

تبرم من أجل نتائجها وغاياتها المادية[١].

فالعقد الطبي يوجب على الطبيب بذل عنايته الصادقة من أجل تخفيف الآلام عن المريض والوصول إلى شفائه وفقاً للقواعد المستقرة في مهنة الطب، ولا يعني ذلك أنه يلتزم بضمان شفائه؛ لأن الشفاء بيد الله سبحانه، وهو يتوقف على عدة اعتبارات وعوامل لا يستطيع الطبيب دائماً السيطرة عليها، كمناعة الجسم، والعوامل الوراثية، وغيرها[٢].

وهذه الخصيصة في العقد الطبي يوافق فيها الفقهاء الأطباء ويرون أن التزام الطبيب التزام ببذل الجهد والعناية، ولكنه لا يضمن الشفاء؛ لأن الشفاء بيد الله[٣].

قال ابن حزم رحمه الله : " لا تجوز مشارطة الطبيب على البرء أصلاً؛ لأنه بيد الله تعالى لا بيد أحد، وإنما الطبيب معالج ومقو للطبيعة بما يقابل الداء، ولا يعرف كمية قوة الدواء من كمية قوة الداء، فالبرء لا يقدر عليه إلا الله تعالى "[٤].

وقد جاء في الحديث أن رسول الله ﷺ قال : (أنزل الدواء الذي أنزل الأدواء[٥])[٦]، فالحديث دليل على أن البرء ليس في وسع مخلوق

(١) ينظر: عقد العلاج، الزامل ص ٣٨.

(٢) ينظر: المسؤولية المدنية للطبيب، القرشي، ص٤١.

(٣) نصوص الفقهاء رحمهم الله في هذا كثيرة، وهي تتضمن أن التزام الطبيب إنما هو التزام ببذل العناية والجهد، ولا يلتزم الشفاء، وإن كانوا قد اختلفوا في مدى جواز مشارطة الطبيب على البرء، وسيأتي تفصيل القول فيها، وذكر أقوال العلماء في مسألة مستقلة عند تكييف العقد الطبي بإذن الله.

(٤) المحلى، ابن حزم، دار الفكر (٧/ ٢٢).

(٥) الأدواء: جمع داء، والداء: العيب والمرض. ينظر: مطالع الأنوار، ابن قرقول (٣/ ٥٣).

(٦) الحديث أخرجه مالك في الموطأ، كتاب العين، باب تعالج المريض برقم (٣٤٧٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢٣٤٢٠)، وأعله ابن عبدالبر بالانقطاع، وحكم عليه ابن حجر =

أن يعجله قبل أن ينزل، ويَقدّر وقته وحينه[١]

يؤكد ذلك أن الماهر من الأطباء المتمكن في علمه لا يقوى على دفع جميع الآفات الواردة على بدن الإنسان، وصناعة حفظ الصحة ليست صناعة تضمن الأمن والأمان، بل تسعى إلى حصول الشفاء، وزوال الداء، قدر الطاقة وحسب الاستطاعة[٢].

= بالإرسال. ينظر: الموطأ (٥/ ١٣٧٨) - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبدالبر (٥/ ٢٦٣) - فتح الباري (١٠/ ١٣٤).

(١) ينظر: التمهيد (٥/ ٢٦٤).

(٢) ينظر: في بيان الحاجة إلى الأطباء ص ١٤١- ١٤٤.

المبحث الرابع

أقسام العقد الطبي

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: أقسام العقد الطبي باعتبار الصيغة.

المطلب الثاني: أقسام العقد الطبي باعتبار العاقدين.

المطلب الثالث: أقسام العقد الطبي باعتبار المعقود عليه.

المطلب الرابع: أقسام العقد الطبي باعتبار التعيين.

المطلب الخامس: أقسام العقد الطبي باعتبار التوثيق.

المطلب الأول
أقسام العقد الطبي باعتبار الصيغة

ينقسم العقد الطبي باعتبار الصيغة إلى أقسام مختلفة باعتبارات مختلفة:

الاعتبار الأول: باعتبار لفظية الصيغة في العقد الطبي وعدمها: وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين: القسم الأول: العقد الطبي اللفظي:

ويقصد به: ما كان قوامه اللفظ بأي صيغة كان، سواءً كان بصيغة الماضي، أو غيرها.

ومثال ذلك: أن يقول المريض للطبيب: جئتك لمداواتي، أو يقول له: أنا محتاج للمداواة، ونحوها.

القسم الثاني: العقد الطبي غير اللفظي:

ويقصد به: ما كان قوامه غير اللفظ، سواءً كان بطريق الكتابة، أو الإشارة، أو غيرها.

ومثال ذلك: أن يقوم المريض بالتوقيع على العقد الطبي قابلاً الدخول فيه، أو يقوم المريض بإرسال شخص إلى الطبيب ليبلغه قبوله، أو يشير المريض إشارة مفهمة تدل على رغبته في إنشاء العقد(١).

---

(١) ينظر في تقسيم الصيغة في العقد إلى صيغة لفظية وصيغة غير لفظية: صيغ العقود، الغليقة ص١٠٥، ١٧٠.

الاعتبار الثاني: باعتبار الصراحة في العقد الطبي وعدمها، وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: العقد الطبي الصريح

ويقصد به هنا: ما دل على إنشاء العقد الطبي دلالة واضحة من غير حاجة إلى نية أو قرينة.

ومثال ذلك: أن يقول المريض للطبيب: عالجني، أو داوني، ، أو أنا بحاجة إلى المداواة والعلاج.

القسم الثاني: العقد الطبي غير الصريح.

ويقصد به هنا: ما دل على إنشاء العقد الطبي دلالة خفية، لا تدرك إلا بنية أو قرينة[(١)].

ومثال ذلك: أن يقول المريض للطبيب: سلمتك نفسي، أو يقول له: أنا بين يديك.

فمثل هذه الألفاظ لا تنشيء العقد الطبي إلا إذا كانت نية المريض دالة على ذلك، أو وجدت قرينة عاضدة، والنية إنما تعلم من جهة المريض؛ لأن نيته لا يطلع عليها غيره[(٢)].

---

(١) ويعبر عن ذلك بصيغ الكناية، والكناية: ما استتر معناه فلا يعرف إلا بقرينة، ويشترط للعمل بصيغ الكناية أن يكون معها نية أو قرينة تدل على المراد. ينظر: التعريفات ص ٢٤٠ - الكليات ص ٧٦١- أصول السرخسي (١/ ١٨٨) - كشف الأسرار (٢/ ٣٠٥) - المنثور في القواعد (٣/ ١٠١) - القواعد النورانية، ابن تيمية ص١٠٨.

(٢) ينظر: الاختيار (٤/ ٦٠) - مجمع الأنهر (١/ ٥٦٦) - البيان والتحصيل (٦/ ٥٥) - مناهج التحصيل (١٠/ ١١٩) - الوسيط (٢/ ٢٥٣) - أسنى المطالب (٢/ ٢٨٣) - الشرح الكبير (٥/ ١٧٤) - شرح المنتهى (٢/ ٣٩٩).

المطلب الثاني
أقسام العقد الطبي باعتبار العاقدين

ينقسم العقد الطبي باعتبار العاقدين إلى أقسام مختلفة باعتبارات مختلفة:

الاعتبار الأول: باعتبار شخص المريض أو غيره.

وينقسم بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية:

القسم الأول: العقد الطبي بين الطبيب والمريض.

يجري العقد هنا بين الطبيب والمريض، وهذا هو الأصل، باعتبار المريض أحد الأركان الأساسية في العقد، وباعتبار أن المريض له الحرية في اختيار الطبيب الذي يتعاقد معه، ويقوم بعلاجه[(١)].

القسم الثاني: العقد الطبي بين الطبيب وولي المريض.

ويجري العقد هنا بين الطبيب وبين ولي المريض حال قيام الولاية عليه، سواءً كانت الولاية كاملة كالولاية على المريض معدوم الأهلية كالمجنون، أو كانت قاصرة كالولاية على المريض ناقص الأهلية كالمعتوه[(٢)].

القسم الثالث: العقد الطبي بين الطبيب وطرف آخر غير المريض ووليه.

وهنا يجري العقد بين الطبيب وبين طرف آخر غير المريض، وغير

---

(١) ينظر: عقد العلاج الطبي، الزامل ص٣٨ - عقد العلاج الطبي أحمد شهيب ص ٨٨.

(٢) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص١٤٦.

من أقيم ولياً عليه، وذلك كما في الحالات الإسعافية : كما لو مرض شخص فجأة، فقام أحد جيرانه بإحضار طبيب لمداواته،، ومثله لو صدمت سيارة أحد المارة فقام شخص بنقله للمستشفى، وتعاقد مع الطبيب على علاجه[١].

الاعتبار الثاني: باعتبار شخص الطبيب أو غيره.

وينقسم بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية:

القسم الأول: العقد الطبي بين المريض والطبيب المعين.

وهنا يجري العقد بين المريض وبين الطبيب الذي قصده المريض بعينه؛ لتميزه، أو لاشترط ذلك عليه[٢].

القسم الثاني: العقد الطبي بين المريض وطبيب آخر أنابه الطبيب أو المرفق.

وهنا يجري العقد بين المريض وبين الطبيب المناب، وذلك عندما ينيب الطبيب طبيباً آخر مكانه، فيستقبل الطبيب المناب المرضى ويتعاقد معهم على علاجهم.

القسم الثالث: العقد الطبي بين المريض وبين طبيب غير معين ولا مناب.

وهنا يجري العقد بين الطبيب المتبرع بالعلاج وبين المريض الذي يحتاج للعلاج، وذلك فيما لو شاهد الطبيب مريضاً مصاباً فتدخل من تلقاء نفسه، وقام بعلاجه[٣].

---

(١) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض ، السيد رضوان ص١٥٠.

(٢) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض ص ٤٦.

(٣) ينظر: عقد العلاج الطبي، السعيد رشدي ص ٥٢.

الاعتبار الثالث: باعتبار الشخصية الطبيعية والاعتبارية في العاقدين في العقد الطبي.

وينقسم بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية:

القسم الأول: العقد الطبي بين شخصين طبيعيين.

ويقوم هذا العقد بين الطبيب المعالج بوصفه شخصاً طبيعياً يقوم بعلاج المريض، وبين المريض بوصفه شخصاً طبيعياً يعاني من علة نفسية، أو جسدية تدفعه إلى مراجعة الطبيب[(١)]، ويدخل في ذلك الطبيب المناب والمتبرع بالعلاج من جهة، وولي المريض، أو المتبرع بإنقاذه من جهة أخرى.

ويشمل ذلك إجراء العقد بين الطبيب والمريض، أو بينه وبين ولي المريض، أو بينه وبين طرف آخر، كما يشمل إجراء العقد بين المريض وبين الطبيب، أو بين المريض والطبيب المناب، أو بين المريض والطبيب المتبرع بالعلاج.

القسم الثاني: العقد الطبي بين شخصين اعتباريين.

ويقوم العقد في ذلك بين هيئة أو مؤسسة تقوم بتقديم العلاج الطبي للمريض، وبين هيئة أو مؤسسة أخرى ترغب في علاج منسوبيها، فيقوم العقد بين المستشفى[(٢)] وبين بعض الشركات، أو بينه وبين شركات التأمين، أو بين المستشفى وبين الجهة التي يتبعها المريض كأن يتم العقد

(١) ينظر: عقد العلاج الطبي، أحمد شهيب ص٥١.

(٢) لا يدخل في ذلك العيادات الخاصة للأطباء؛ حيث إنها لا تملك الشخصية المعنوية، بل يبقى الطبيب فيها هو المسؤول عن معالجة مرضاه ومراجعيه. ينظر: عقد العلاج الطبي، أحمد شهيب ص٤٨.

بين المستشفى وبين جمعية لرعاية الأيتام، أو المعاقين أو سجن معين، ونحو ذلك من المؤسسات والهيئات العامة أو الخاصة.

القسم الثالث: العقد الطبي بين شخص طبيعي واعتباري.

يقوم العقد في ذلك بين شخص طبيعي كالطبيب القائم بعلاج المرضى، أو المريض الذي يعاني الألم، وبين جهة اعتبارية كهيئة أو مؤسسة. وذلك كقيام العقد الطبي بين المستشفى وبين المريض، أو بين الطبيب وبين الجهة التي يتبعها المريض أو القاصر كجمعية رعاية الأيتام ونحوها.

المطلب الثالث

أقسام العقد الطبي باعتبار المعقود عليه

ينقسم العقد الطبي باعتبار المعقود عليه إلى أقسام مختلفة باعتبارات متعددة:

الاعتبار الأول: أقسام العقد الطبي باعتبار العمل الطبي، وينقسم بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية:

القسم الأول: التعاقد مع الطبيب على القيام بجميع مراحل العمل الطبي من فحص وتشخيص ومعالجة، وهذا هو الغالب في التعاقد.

القسم الثاني: التعاقد مع الطبيب على القيام ببعض مراحل العمل الطبي، كأن يتعاقد مع الطبيب على أن يفحصه فقط، أو أن يشخصه فقط، أو أن يفحصه ويشخصه دون أن يعالجه، ومثل ذلك لو أتى إلى طبيب لاحق بتشخيص من طبيب سابق، وطلب منه أن يعالجه، أو يصرف له دواءً بناءً على ما لديه من فحص أو تشخيص سابق.

الاعتبار الثاني: أقسام العقد الطبي باعتبار العوض، وينقسم بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية:

القسم الأول: العقد الطبي الذي يكون العوض فيه الثمن.

ويكون الثمن عوضاً في العقد الطبي إذا باع الطبيب حقاً يختص به، كدواء صنعه الطبيب ثم باعه، أو اشترط المريض في العقد أن يكون

الدواء من عند الطبيب[١].

القسم الثاني: العقد الطبي الذي يكون العوض فيه الأجرة.

وتكون الأجرة عوضاً في العقد الطبي في صور استئجار الطبيب؛ لأن غالب أحوال العقد الطبي إنما تكون من قبيل الإجارة، فالأجرة في العقد الطبي هي المقابل المادي الذي يدفعه الطبيب للمريض مقابل المنفعة التي قدمها له[٢].

القسم الثالث: العقد الطبي الذي يكون العوض فيه الجعل.

ويكون الجعل عوضاً في العقد الطبي عند جريان العقد بين الطبيب والمريض في صورة الجعالة، وذلك كأن يقول المريض: من يداويني فله كذا، أو يقول ولي المريض: من يداوي مريضي جعلت له كذا، ومثله لو اشترط المريض على الطبيب الشفاء، وعلق استحقاقه للجعل على ذلك.

---

(١) ينظر: أحكام عقد العلاج، طليبة ص **٢٢٣**.

(٢) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص ٢٥١.

المطلب الرابع
أقسام العقد الطبي باعتبار التعيين[(١)]

ينقسم العقد الطبي باعتبار التعيين إلى قسمين:

القسم الأول: العقد الطبي المعين.

ويقصد به: ما تميز فيه العاقدان، أو المعقود عليه، سواءً كان التمييز بالاسم، أو بالوصف، أو بقرينة أو عرف دل على ذلك، وسواءً كان التعيين بالكتابة، أو المشافهة، أو الإشارة، أو نحوها[(٢)].

ومن أمثلة التعيين في العاقدين: تعيين الطبيب للمرضى الذين يقوم بعلاجهم، وتعيين المريض للطبيب أو المستشفى الذي يريد أن يتولى علاجه.

ومثله لو وجدت قرينة تدل على ذلك ككون الطبيب المعالج متميزاً ومشتهراً في تخصصه[(٣)]، أو استأجر المريض طبيباً معيناً ليتولى رعايته فترة من الزمن مقابل عوض معين معلوم، كما هو حال بعض الأثرياء، حين يكون لهم أطباء ملتزمون بالبقاء معهم[(٤)].

---

(١) التعيين: تخصيص الشيء من الجملة، وقيل: ما به امتياز الشي عن غيره، بحيث لا يشاركه فيه غيره، وقيل: تمييز الشيء عما سواه. ينظر: التوقيف على مهات التعاريف ص١٩٠ - الموسوعة الفقهية الكويتية (١٣/ ٤٠) -معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ١٤٧) - التعيين وأثره في العقود المالية، الهاشم ص ٣٨.

(٢) التعيين يكون بأمور منها: تسمية الشيء باسمه، والتعيين بالعرف والعادة، وبالقول، والتعيين بالكتابة، وبالإشارة، وبالمعاطاة، وبالنية. ينظر: التعين وأثره في العقود ص ٤٣- ٦٥.

(٣) ينظر: العلاقة بين المريض والطبيب ص ٤٦.

(٤) ينظر: عقد العلاج الطبي، السعيد رشدي ص ٤١ - العقد الطبي، قيس المبارك ص ١٠٩.

ومن أمثلته في المعقود عليه: أن يعين المريض للطبيب محل المرض، أو العضو الذي يريد علاجه، وأن يعين الطبيب للمريض نوع العلاج من: دواء، أو جراحة، أو غيرها، ويشمل ذلك تعيين الأجرة، ونوعها، وطريقة الوفاء بها.

القسم الثاني: **العقد الطبي غير المعين.**

ويقصد به: ما لم يتميز فيه العاقدان، فيستوي في ذلك مباشرة الطبيب العمل الطبي بنفسه، أو بواسطة غيره بأن يكلف طبيباً آخر بذلك[١].

ومن أمثلة ذلك: أن يتفق المريض مع طبيب على القيام بخياطة جرح في يد المريض، أو إجراء عملية جراحية دون أن ينص الطبيب على أن المريض هو من يقوم بذلك، فيمكن أن يقوم به الطبيب الذي اتفق المريض معه، ويمكن أن يقوم به غيره[٢].

كما يشمل ذلك عدم تعيين المعقود عليه: كأن لا يعين المريض نوع العمل الطبي من فحص أو تشخيص أو علاج، بل يترك ذلك للطبيب، ويطلق له طريقة العلاج أو الجراحة[٣] أو التحليل[٤]، ويحمل إطلاق

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ١١٠.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص١٠٩.

(٣) الجراحة: فن من فنون الطب، يعالج الأمراض بالاستئصال، أو الإصلاح، أو الزراعة، أو غيرها من الطرق التي تعتمد على الجرح والشق والخياطة، يقوم به طبيب متخصص، لغرض علاج المريض أو تأهيله أو تحسين مظهره. ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية، كنعان ص٢٠٧ - معجم مصطلحات الفقه الطبي ص٥٦.

(٤) التحليل: تلك العملية التي يتم بواسطتها أخذ كمية مناسبة من أحد سوائل الجسم، أو إفرازاته، أو أنسجته، أو أعضائه ؛ لأجراء الفحص عليها، فهو استخراج عينات من الجسم وسحبها وفحصها. ينظر: التحاليل الطبية ودلالاتها المرضية، سليمان الوهيبي ص٤٣ - الأحكام المتعلقة بالتحاليل الطبية، عبدالله الشمراني ص٢٧.

المريض إذنه للطبيب على المعتاد من الأعمال دون المخطر منها[١] بناءً على قاعدة: (إطلاق الإذن يتناول عمل المثل)[٢]، ويحمل على العرف والمعهود فيه[٣].

ويشمل عدم التعيين عدم تعيين نوع النقد في الأجرة، أو تعيين مكان الوفاء، أو عدم تعيين الصيغة.

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ٤٦.

(٢) قواعد الفقه، المقري ص ٤٩٧.

(٣) ينظر: المبسوط (١١/ ٢٦٤) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٣) - البناية (١٠/ ٣٠٩) - الحاوي (١٥/ ١٧٣) - المهذب (٢/ ٢٢٩) - البيان (١٢/ ٢٩٨) - الكافي، ابن قدامة (٢/ ١٥٤) - المبدع (٤/ ٣٦٤) - كشاف القناع (٣/ ٥٠٣).

المطلب الخامس

أقسام العقد الطبي باعتبار التوثيق[(١)]

ينقسم العقد الطبي باعتبار التوثيق إلى قسمين:

القسم الأول: العقد الطبي الموثق.

ويقصد به: ضبط العقد المبرم بين الطبيب والمريض، على وجه يضمن تحقيقه لآثاره المترتبة عليه، وإكسابه قوة الإثبات عند التقاضي[(٢)].

ويمكن توثيق العقد الطبي بكافة طرق التوثيق من الكتابة، والإشهاد، والرهن، والكفالة، وغيرها.

ولما كان العقد الطبي من جملة العقود التي تنشأ بين الناس كان توثيقه مهماً كسائر العقود الأخرى؛ صيانة للأموال والحقوق، وحفظاً لها من الضياع، وقطعاً للمنازعة بين المتعاقدين، وتحرزاً من العقود الفاسدة، ورفعاً للارتياب والشكوك خاصة مع تطاول الزمان، وتعاقب الأعصار[(٣)].

---

(١) التوثيق: ضبط أنواع المعاملات والتصرفات بين شخصين أو أكثر، على وجه يضمن تحقيق الآثار المترتبة عليها، ويكسبها قوة الإثبات عند التقاضي، والتوثيق قد يكون بعقد كالرهن، والكفالة، وقد يكون بغير عقد كالتوثيق بالكتابة والشهادة. ينظر: وسائل الإثبات، الزحيلي (١/ ٢٧) - علم التوثيق الشرعي، الحجيلي ص ٤٠ - التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري ص ١٣ - التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، عبداللطيف الشيخ ص٥٣.

(٢) عرفته بهذا مستفيداً من تعريف التوثيق الذي سبق ذكره في كتاب التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي.

(٣) ينظر: علم التوثيق، الحجيلي ص ١١١ - ١١٥ - أثر التوثيق في المعاملات المدنية، صحراوي ص ٩٨- ١٠١.

القسم الثاني: العقد الطبي غير الموثق.

ويقصد به: ترك العقد المبرم بين الطبيب والمريض دون ضبطه وتوثيقه.

وقد ذهب بعض الباحثين إلى أن العقد الطبي لا ينبغي توثيقه عن طريق الكتابة؛ لأن العمل الطبي يقوم على أساس الثقة بين الطبيب والمريض، والمطالبة بكتابة العقد الطبي ستقلل من تلك الثقة، وستكون حرية الحركة المطلوب تحققها في الطبيب مقيدة، إضافة إلى أن العقد الطبي يقوم على اعتبارات أدبية وإنسانية، والكتابة تتنافى مع تلك الاعتبارات(١).

والذي يظهر لي أن توثيق العقد الطبي عن طريق الكتابة سائغ، وأن ذلك لا يتنافى مع مباديء الثقة والإنسانية التي يتميز بها العقد الطبي، خاصة وأن العمل قد جرى به.

---

(١) ينظر: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مأمون ص٥٢ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها ص ٢٠٨ - ٢٠٩.

الفصل الثاني

أركان[1] العقد الطبي[2]

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الصيغة في العقد الطبي.

المبحث الثاني: العاقدان في العقد الطبي.

المبحث الثالث: المعقود عليه في العقد الطبي.

---

(١) الركن في اللغة: قال ابن فارس: " الراء والكاف والنون أصل واحد يدل على قوة"، وركن إلى الشيء: مال واطمأن إليه، وركن الشيء: جانبه الأقوى، والركن: الناحية القوية، وركن الرجل: قومه ومادته وعدده، وما تقوَّى به من ملك وجند، ويطلق على العز والمنعة، وفي الاصطلاح: أجزاء ماهية الشيء التي لا يوجد إلا بها. ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ٣٥٦)- مختار الصحاح ص ٢٦٧ - لسان العرب (١٣/ ١٨٥) - تاج العروس (٣٥/ ١٠٨) - البهجة في شرح التحفة (١/ ٤) - المصباح المنير ص٢٣٧ - تحفة الحبيب، البجيرمي (٢/ ٣) - كشاف القناع (٥/ ٣٧).

(٢) أركان العقد الطبي ثلاثة إجمالاً وستة تفصيلاً وهي: الصيغة (الإيجاب والقبول)، العاقدان (الطبيب، والمريض)، المعقود عليه (المنفعة، والعوض). وسيرد الكلام على كل واحد منهما في مبحث مستقل.

"المطالب نوعان: خير ولذة، وهذان الشيئان إنما يتم حصولها للإنسان بوجود الصحة؛ لأن اللذة المستفادة من هذه الدنيا والخير المرجو في الدار الأخرى لا يصل الواصل إليهما إلا بدوام صحته، وقوة بنيته".

عيون الأنباء في طبقات الأطباء ص٧.

المبحث الأول
الصيغة في العقد الطبي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المراد بالصيغة.

المطلب الثاني: ما يقوم مقام الصيغة في العقد الطبي.

المطلب الأول
المراد بالصيغة(١)

الصيغة في اللغة: مصدر صاغ يصوغ صوغاً وصياغة، وتطلق على هيئة الشيء، ومن معانيها: الوضع والترتيب، يقال: صاغ شعراً: إذا وضعه ورتبه، ومن معانيها: التقدير والتمثيل، يقال: هذا صوغ هذا أي: على قدره، وصيغة القول: مثاله، وصيغة الكلمة: هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها(٢).

الصيغة في الاصطلاح:

عرفت الصيغة في الاصطلاح بعدد من التعاريف منها ما يلي:

التعريف الأول: ما يدل على الرضا من قول أو فعل(٣).

التعريف الثاني: " ما يدل على الرضا الباطن للمتعاقدين، من قول وما في معناه، أو فعل "(٤)

---

(١) الصيغة هي ركن العقد عند الحنفية وتتمثل في الإيجاب والقبول، بينما الجمهور يرون أن أركان العقد ثلاثة على سبيل الإجمال وستة على سبيل التفصيل وهي: الصيغة (الإيجاب، والقبول)، العاقدان، والمعقود عليه (العوضان). ينظر: البحر الرائق (٥/ ٢٧٨) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٤) - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨) - شرح ميارة (١/ ٤٤٩) - الوسيط، الغزالي، (٣/ ٥) - المجموع (٩/ ١٤٩) - المبدع (٤/ ٤) -كشاف القناع (٣/ ١٤٦).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة (٣/ ٢٥٠) - المحكم والمحيط الأعظم (٦/ ٣٦) - النهاية في غريب الحديث (٣/ ١٢٤) - المصباح المنير (١/ ٣٥٢) - لسان العرب (٨/ ٤٤٢) - المعجم الوسيط (١/ ٥٢٩).

(٣) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨) - الفواكه الدواني (٢/ ٧٣) - حاشية البجيرمي (٣/ ١١).

(٤) الوساطة التجارية في المعاملات المالية، الأطرم ص ١٣٤.

التعريف الثالث: "ما دل على مقصود العقد، من قول وما في معناه، أو فعل"(١).

والتعاريف متقاربة إلا أن التعريف الثالث أقربها ؛ لأن التعريفين الثاني والثالث عَبَّرا بلفظ الرضا، والتعبير بجملة (مقصود العقد) كافٍ، ومؤدٍّ للمقصود.

والصيغة لها ركنان هما: الإيجاب والقبول.

وقد اختلف الفقهاء في بيان معناهما، وتحديد مصدرهما على قولين:

القول الأول: أن الإيجاب ما صدر أولاً من أحد العاقدين، والقبول ما صدر ثانياً من العاقد الثاني، وهذا قول الحنفية(٢).

وعللوا ذلك: بأن الطرف الثاني يثبت له خيار القبول، ومتى قبل سمي كلامه قبولاً، فكان تسمية الكلام المتقدم إيجاباً والمتأخر قبولاً متعيناً(٣)، فالقول الأول أصل في إثبات الالتزام، والقول الثاني مبني عليه متضمن الرضا بما فيه من التزام، فكان الأول إيجاباً والثاني قبولاً(٤).

ونوقش: بأن هذا لا يعدو أن يكون من باب جواز تقدم القبول على الإيجاب، وهو جائز عند كثير من أصحاب القول الثاني(٥).

---

(١) صيغ العقود، الغليقة ص ٦١.
(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣) - فتح القدير، ابن الهمام (٣/ ١٩٠) - البحر الرائق (٥/ ٢٨٣) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٦) - اللباب، الميداني (١/ ١٧٨).
(٣) ينظر: العناية (٦/ ٢٤٨).
(٤) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٠٢.
(٥) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ٦٥.

القول الثاني: أن الإيجاب ما صدر ممن يكون منه التمليك سواءً صدر أولاً أو ثانياً، والقبول ما صدر ممن يصير له الملك سواءً صدر أولاً أو ثانياً، وهذا قول الجمهور من المالكية(١) والشافعية(٢) والحنابلة(٣).

وعللوا ذلك: أن معنى الإيجاب: الإثبات، ولما كان المُمَلِّك هو المبتدىء في الأصل عد مثبتاً حتى وإن تأخر ما صدر عنه(٤).

والراجح: قول الجمهور؛ لوجاهة تعليلهم، ولأن مُمَلِّك العين أو المنفعة هو الذي بيده ابتداء العقد وإثباته، وقد صدر التمليك من جهته، فاعتبر كلامه إيجاباً، وتأسيساً للعقد، ولا يضر تقدمه أو تأخره(٥).

وقد اعتبر عدد من الفقهاء الخلاف في هذه المسألة من قبيل الخلاف اللفظي الذي لا أثر له، بينما اعتبر فقهاء آخرون أن له أثراً، يظهر في مسألة تقدم القبول على الإيجاب(٦).

والإيجاب في العقد الطبي هو: ما يصدر من الطبيب، أو من ينيبه، من قول وما في معناه، أو فعل، يدل على طلبه الدخول في العقد الطبي ورضاه به.

والقبول هو: ما يصدر من المريض، أو من ينيبه، من قول وما في

---

(١) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨) - حاشية الدسوقي (٣/ ٣) - الفواكه الدواني (٢/ ١٠٩).

(٢) ينظر: البيان (٥/ ١٥) - العزيز شرح الوجيز (٤/ ٩) - روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨).

(٣) ينظر: المغني (٤/ ٤) - المبدع (٤/ ٤) - كشاف القناع (٣/ ١٤٦).

(٤) ينظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٣٩).

(٥) ينظر: الوساطة التجارية ص ١٣٦ - صيغ العقود، الغليقة ص٦٦.

(٦) ينظر: الدراري المضية، الشوكاني (٢/ ٢٩٧) - ضوابط العقد، التركماني ص ٤٢ - التراضي في عقود المبادلات المالية، نشأت الدريني ص٢٦٦ - الإيجاب والقبول، الدبيان ص١٤- عقد التوريد (١/ ١٣٣).

معناه، أو فعل، يدل على قبوله العقد الطبي، ورضاه به[(١)].

والصيغة قسمان: صيغ قولية لفظية، وصيغ غير قولية مثل: الكتابة، والإشارة، ونحوها[(٢)].

والصيغة عند الإطلاق تنصرف إلى الصيغ القولية المتمثلة في الإيجاب والقبول، كما قال في البدائع: " أما القول فهو المسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء "[(٣)].

وتنقسم هذه الصيغ القولية إلى قسمين:

أولاً: صيغ الأفعال: وتنقسم إلى ما يلي:

١ - **صيغة الماضي**: إذا تجردت صيغة الماضي عن الاستفهام ونحوه فقد اتفق الفقهاء[(٤)] على الاعتداد بها، وصحة إنشاء العقود بها.

والسبب في ذلك: أن هذه الصيغة تدل على إنشاء العقد في الحال، وتحقق وقوعه، وهي قاطعة في إظهار الرغبة، ولا تحتمل المفاوضة، بل تقتضي الجزم والقطع، ولا تتوقف على شيء آخر كنية أو قرينة ونحوها[(٥)].

وصيغة الماضي وإن كانت من الصيغ الإخبارية إلا أن المراد بها الإنشاء؛ لأن الماضي إذا سيق للإنشاء يكون من باب التوكيد على تحقق

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١١١.

(٢) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص١٠٥، ١٧٠.

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣).

(٤) ينظر في نقل الإجماع: حاشية الدسوقي (٣/ ٣) - بلغة السالك، الصاوي (٣/ ٦) - النجم الوهاج، الدميري (٤/ ١٢) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٨).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣) - فتح القدير (٦/ ٢٤٩) - تبيين الحقائق (٤/ ٤) - حاشية الدسوقي (٣/ ٤) - حاشية الصاوي (٣/ ١٦) - كفاية النبيه، ابن الرفعة (٨/ ٣٧٥) - النجم الوهاج، الدميري (٤/ ٩) - المغني (٣/ ٤٨٠) - المبدع (٤/ ٤) - ضوابط العقد، التركماني ص ٤٣ - صيغ العقود الغليقة ص ١٣٣.

الفعل كما في قوله تعالى: ﴿أَتَىٰ أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ﴾ [النّحل: ١]، وقد نقلت صيغة الماضي في عرف الناس من الخبر إلى الإنشاء(١).

قال في البدائع: " هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع "(٢).

وصيغة الماضي في العقد الطبي أن يقول الطبيب للمريض: جئت إليك لمداواة علتك، ، أو يقول: جئتك لأداويك، فيقول المريض: قبلت، أو يقول: قبلت مداواتك.

صيغة المضارع:

أولاً: لا يكاد يختلف الفقهاء أن المضارع المقرون بالسين أو سوف كقول البائع: سأبيع، أو سوف أبيع، وقول المشتري: سأشتري، أو سوف أشتري لا يصلح لإنشاء العقود؛ لأنها صيغة لا تحتمل الحال، فهي متمحضة للاستقبال، ولا تفيد سوى مجرد الوعد، وهذا لا يكفي لإنشاء العقد(٣).

ومثالها في العقد الطبي أن يقول الطبيب للمريض: سوف أعالج مرضك، أو سأداوي علتك.

ثانياً: اختلف الفقهاء في حكم إنشاء العقود بصيغة المضارع المجرد عن السين وسوف على قولين:

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣) - فتح القدير (٦/ ٢٤٩) - صيغ العقود، الغليقة ص ١٣٣.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣).

(٣) ينظر: فتح القدير (٦/ ٢٥١) - درر الحكام، الملا خسرو (٢/ ١٤٢) -حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١١) - مواهب الجليل (٤/ ٢٣٠) - الحاوي (٥/ ٤١) - كشاف القناع (٣/ ١٤٧) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦).

القول الأول: لا يصح إنشاء العقد بصيغة المضارع المجرد عن السين وسوف، وهو قول بعض الحنفية[١]، ومشهور مذهب الحنابلة[٢].

أدلتهم استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن صيغة الماضي هي الواردة في نصوص الشرع، والنبي ﷺ استعملها في البيع، ويقاس عليه غيره، فيكون الانعقاد مقتصراً على صيغة الماضي[٣].

ونوقش: بأن هذه الدعوى تحتاج إلى دليل أن النبي ﷺ اقتصر على صيغة الماضي في العقود، ولم يستعمل غيرها، وهذه دعوى مردودة بما جاء في الأحاديث من استعماله صيغة الأمر في عقد البيع[٤].

ومن ذلك ما يلي:

أ - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب[٥] لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: (بعنيه)، قال: هو لك يا رسول الله، قال: (بعنيه) فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: (هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما شئت)[٦].

---

(١) ينظر: العناية (٦/ ٢٤٩).

(٢) ينظر: الإنصاف (٤/ ٢٦١) - كشاف القناع (٣/ ١٤٧)- مطالب أولي النهى(٣/ ٦).

(٣) ينظر: العناية (٦/ ٢٤٩)- صيغ العقود، الغليقة ص ١٣٤.

(٤) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ١٣٥.

(٥) صعب: المراد بذلك البعير إذا كان غير منقاد ولا ذلول. ينظر: مطالع الأنوار (٤٢٩٤) - النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٢٩).

(٦) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا برقم (٢١١٥) (٣/ ٦٥).

ب - عن جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا[(١)]، فمر النبي ﷺ فضربه، فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله ثم قال: "بعنيه بوقية[(٢)] " قلت: لا، ثم قال: "بعنيه بوقية"، فبعته...[(٣)].

الدليل الثاني: " أن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعاً، وإن كان من جانب المشتري كان مساومة "[(٤)].

ونوقش: بأن المضارع يدل على الحال، ودلالته أقوى من دلالة الأمر، وبعض الذين منعوا انعقاد العقد بصيغة المضارع أجازوا انعقاده بصيغة الأمر[(٥)].

القول الثاني: يصح إنشاء العقد بصيغة المضارع المجرد عن السين وسوف إذا وجدت نية أو قرينة، وبه قال الجمهور من الحنفية[(٦)]، والمالكية[(٧)]،

---

(١) أعيا: تعب وعجز عن السير. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٣/ ٦٢٦).

(٢) الوقية: أربعون درهماً، وهي تختلف باختلاف اصطلاح البلاد، فهناك الأوقية الشامية، والزبيدية، والصنعانية، وهي تساوي بالمقاييس الحديثة (١١٩) جراماً عند الجمهور، و(١٢٥) جراماً عند الحنفية، وقيل: بل تساوي (٩٣) جراماً ينظر: النهاية (١/ ١٩١) - الميزان في الأقيسة ص٢١- معجم المكاييل والمقاييس العالمية ص ٢٩.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة برقم (٢٧١٩)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه برقم (٧١٥). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٩٠) - صحيح مسلم (٣/ ١٢٢١).

(٤) العناية (٦/ ٢٤٩-٢٥٠).

(٥) ينظر: شرح مختصر خليل، الخرشي(٥/ ٧) - حاشية الصاوي(٣/ ١٦) - الإيجاب والقبول، الدبيان ص٥٦.

(٦) بعض الحنفية قيد اشتراط النية إذا لم يشتهر استعمال المضارع للحال والإنشاء، وبعضهم اشترط انتفاء إرادة الوعد، وبعضهم فرق بين النكاح وغيره. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣) - العناية(٦/ ٢٥٠)- فتح القدير(٦/ ٢٥٠)

(٧) بعض المالكية قالوا: لو قال إنه لم يرد البيع حلف، ولم يلزمه، فإن أبى أن يحلف لزمه. ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٢٣١) - حاشية الدسوقي (٣/ ٤) - حاشية الصاوي(٣/ ١٦).

والشافعية[١]، وقول عند الحنابلة[٢].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن صيغة المضارع في الأصل موضوعة للحال، إلا أنه غلب استعمالها للاستقبال حقيقة أو مجازاً، فصح إنشاء العقود بها، ووقعت الحاجة إلى التعيين بالنية أو القرينة[٣].

الدليل الثاني: أن النية إذا كانت معتبرة في الدلالة على الحال، كان التصريح بلفظها أولى بالاعتبار[٤].

الدليل الثالث: أن المطلوب لصحة العقود ما يدل على الرضا، ودلالة المضارع عليه محتملة في اللغة، فمتى قامت قرينة أو نية، أو شاع عرف بذلك صح إنشاء العقد به[٥].

الراجح: القول الثاني المتضمن صحة إنشاء العقود بصيغة المضارع؛ لقوة أدلته؛ ولأن البيع ونحوه ينعقد بكل ما يعبر عن إرادة المتعاقدين، ويدل على تحقق الرضا.

وصيغة المضارع في العقد الطبي أن يقول الطبيب للمريض: أداوي مرضك، أو أعالج دائك، فيقول المريض: أقبل مداواتك لي.

---

(١) استثنى بعض الشافعية عقد النكاح فمنعوا انعقاده بصيغة المضارع، وبعضهم لم يستثنه. ينظر: حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٢٨٠) - إعانة الطالبين، شطا(٣/ ٩)- حاشية البجيرمي على المنهج (٢/ ١٦٧).

(٢) ينظر: الإنصاف (٨/ ٤٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣) - فتح القدير (٦/ ٢٥١) - البحر الرائق (٥/ ٢٨٥).

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١١).

(٥) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٤).

٢ - صيغة الأمر:

اختلف الفقهاء في حكم إنشاء العقد بصيغة الأمر، وخلافهم على قولين:

القول الأول: لا يصح إنشاء العقود بصيغة الأمر، وهذا مذهب الحنفية[(١)]، ووجه عند الشافعية[(٢)]، وقول في مذهب الحنابلة[(٣)].

واستدلوا على قولهم بما يلي:

الدليل الأول: أن صيغة الأمر طلب إيجاب وقبول، ولا يفهم منها الإيجاب والقبول، وليس فيها إيقاع للعقد، بل تدل على المفاوضة، والإيجاب والقبول لا بد لهما من لفظ آخر يدل عليهما[(٤)].

الدليل الثاني: أن إنشاء العقد يحتاج إلى صيغة تدل على الحال كالماضي، والمضارع المصحوب بنية الحال، وصيغة الأمر متمحضة للاستقبال، فلا تصلح لإنشاء العقد[(٥)].

ونوقش هذان الدليلان: أن الشرع لم يرد فيه ما يدل على اشتراط صيغة مخصوصة لإنشاء العقود، بل الأمر في ذلك معلق على وجود

---

(١) وقد استثنى بعض الحنفية بعض العقود كالنكاح، والكفالة، والهبة، والإبراء، والخلع، والعتق فأجازوها بلفظ الأمر ينظر: المبسوط (١٢/ ١٠٩) - بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣) (٥/ ٣٠٦) - فتح القدير (٦/ ٢٤٩-٢٥٠) (٦/ ٤٨٧) - البحر الرائق (٥/ ٢٨٥) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١١) (٥/ ١٢٠).

(٢) ينظر: فتح العزيز (٤/ ١١) - روضة الطالبين (٣/ ٣٣٩) - المجموع (٩/ ١٦٨).

(٣) ينظر: النكت والفوائد السنية، ابن مفلح (١/ ٢٥٤) - الإنصاف (٤/ ٢٦٣) - كشاف القناع (٣/ ١٤٧).

(٤) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٠٩) - بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤) - فتح القدير (٦/ ٢٥٠) - المغني (٣/ ٤٨١).

(٥) ينظر: الإيجاب والقبول، الدبيان ص٥٨.

الرضا من الطرفين، وصيغة الأمر تصلح للدلالة عليه، ومن ثم تكون صالحة لإنشاء العقود[١].

القول الثاني: يصح إنشاء العقود بصيغة الأمر، وهذا مذهب المالكية[٢]، والأظهر عند الشافعية[٣]، ومشهور مذهب الحنابلة[٤].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن صيغة الأمر قد ورد استعمالها في الشرع في بعض العقود، ومن ذلك ما يلي:

أ - أن النبي ﷺ قال لعمر: (بعنيه)، قال: هو لك يا رسول الله، قال: (بعنيه)، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: (هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما شئت)[٥].

ب - عن جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي ﷺ فضربه، فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله ثم قال: "بعنيه بوقية" قلت: لا، ثم قال: "بعنيه بوقية"، فبعته..[٦]

ج - عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺفقالت: يا رسول الله إني قد وهبت لك من نفسي، فقال رجل: زوجنيها، قال: (قد زوجناكها بما معك من القرآن)[٧].

---

(١) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ١٤٤.

(٢) ينظر: المنتقى (٤/ ١٥٧) - التاج والإكليل (٦/ ١٧) - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٩) - حاشية الدسوقي (٣/ ٣).

(٣) الحاوي (٥/ ٤١) - البيان (٥/ ١٥)- روضة الطالبين(٣/ ٣٣٩) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٨).

(٤) وقيده أكثر الحنابلة بشرط عدم تقدم القبول على الإيجاب. ينظر: الهداية ص٢٣٥ - المغني (٣/ ٤٨١) - الشرح الكبير (٤/ ٣) - كشاف القناع (٣/ ١٤٧) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦).

(٥) سبق تخريجه ص٩٧.

(٦) سبق تخريجه ص٩٨.

(٧) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب وكالة المرأة الإمام في النكاح برقم (٢٣١٠)، ومسلم=

وجه الدلالة: أن الإيجاب قد صدر من رسول الله ﷺ في البيع، ومن الرجل في النكاح بلفظ الأمر، وانعقد البيع والنكاح بذلك[١].

الدليل الثاني: أن الشرع لم يرد فيه ما يدل على اشتراط صيغة مخصوصة لإنشاء العقود، بل الأمر في ذلك معلق على رضا الطرفين، وصيغة الأمر تصلح للدلالة عليه[٢]،فـ " العقود والمعاملات إنما تتبع مقاصدها والمراد منها بأي لفظ كان، إذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا نتعداها "[٣].

الراجح: القول الثاني المتضمن صحة إنشاء العقود بصيغة الأمر ؛ لقوة أدلته؛ ولأن البيع ونحوه ينعقد بكل ما يعبر عن إرادة المتعاقدين، ويدل على تحقق الرضا.

وصيغة الأمر في العقد الطبي أن يقول الطبيب للمريض : أعطني أجراً أعالج مرضك، أو أداوي علتك، فيقول المريض: داوني، أو عالجني ولك الأجرة.

٣ - صيغة الاستفهام:

صيغة الاستفهام في الفعل الماضي أو المضارع لا يصح إنشاء العقود بها كقول المشتري: أبعته مني، أو قوله: أتبيعه مني، إلا إذا قال بعده: ابتعت، أو قبلت، أو اشتريت، أو: نعم، وحكي ذلك

= في كتاب النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن برقم (١٤٢٥). ينظر صحيح البخاري (٣/ ١٠٠) - صحيح مسلم (٢/ ١٠٤٠)

(١) ينظر: إكمال المعلم، (٤/ ٥٨٢) - التوضيح، ابن الملقن (٢٤/ ٢٤٠) - عمدة القاري (١٢/ ١٤٢).

(٢) ينظر: فتح العزيز (٨/ ١٠١) - صيغ العقود، الغليقة ص ١٤٤.

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين (١/ ٢٢١).

اتفاقاً[١]، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

واستدلوا لذلك: بأن صيغة الاستفهام في العقود طلب إيجاب وقبول، وطلب الإيجاب والقبول لا يعتبر قبولاً، إنما هو وعد بهما، فلا ينعقد بها البيع إلَّا إذا تلاها ما يفيد الانعقاد[٦].

وصيغة الاستفهام في العقد الطبي: أن يقول الطبيب للمريض: أأعالجك، أو: أأداويك، أو يقول الطبيب: أتجعل لي جعلاً لأداويك.

ثانياً: صيغ الأسماء:

والصيغة أو الجملة الاسمية مثل: قول البائع: أنا بائع لك داري، فيقول المشتري: إنني قابلها، أو يقول: داري مبيعة منك بكذا، فيقول المشتري: دارك مقبولة بما قلت[٧].

ذهب جماهير الفقهاء إلى صحة إنشاء العقود بالجملة الاسمية، على اختلاف بينهم في بعض الصيغ[٨].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣) - المجموع (٩/ ١٦٩) - المغني (٣/ ٤٨١) - النكت والفوائد السنية (١/ ٢٥٤). وحكاية الاتفاق غير مسلم بها ؛ فقد استثنى الحنفية صيغة الاستفهام في النكاح المقترن بما يفيد التمحض للحال، وبعض المالكية جوزوا ذلك في المضارع. ينظر: فتح القدير(٣/ ١٩١)- مواهب الجليل (٤/ ٢٣٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣) - تبيين الحقائق (٤/ ٤) - الفتاوى الهندية (٣/ ٤).

(٣) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٢٣٠).

(٤) ينظر: الحاوي (٥/ ٤١)- روضة الطالبين (٣/ ٣٣٩) - أسنى المطالب (٢/ ٣) - حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٨)

(٥) ينظر: الكافي (٢/ ٣) - النكت والفوائد السنية (١/ ٢٥٤) - الإنصاف (٤/ ٢٦٢) -كشاف القناع (٣/ ١٤٧)

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤) - الحاوي (٥/ ٤١) - البيان (٥/ ١٥).

(٧) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ١٥٥.

(٨) ينظر: فتح القدير (٦/ ٢٥٢) - البحر الرائق (٥/ ٢٨٧)-حاشية ابن عابدين (٣/ ١٢) - التهذيب =

ويدل على ذلك ما يلي:

أ - أن النبي ﷺ قال لعمر: (بعنيه)، قال: هو لك يا رسول الله، قال: (بعنيه)، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: (هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما شئت)[(١)].

وجه الدلالة: أن جملة (هو لك) جملة اسمية، وقد أنشأ النبي ﷺ العقد بها، فدلَّ ذلك على صلاحيتها لإنشاء العقود[(٢)].

الدليل الثاني: أن الشرع لم يرد فيه ما يدل على اشتراط صيغة مخصوصة لإنشاء العقود، بل الأمر في ذلك معلق على رضا الطرفين، وصيغة الأمر تصلح للدلالة عليه[(٣)]، فـ"العقود والمعاملات إنما تتبع مقاصدها والمراد منها بأي لفظ كان، إذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا نتعداها "[(٤)].

والجملة الاسمية في العقد الطبي أن يقول الطبيب للمريض: أنا راغب في علاجك، أو يقول: أنا أريد مداواتك، فيقول المريض: أنا قابل مداواتك لي.

وسائل الاتصال اللفظية الحديثة:

يلحق بالصيغ اللفظية ما يؤدي دورها ويقوم بمهامها من وسائل

= (٣/ ٢٣٦) - مواهب الجليل (٤/ ٢٣١) - حاشية الدسوقي (٣/ ٣) - المجموع (٩/ ١٦٦) - تحفة المحتاج (٤/ ٢١٨) - أسنى المطالب (٢/ ٣) - الإنصاف (٤/ ٢٦١) -كشاف القناع (٣/ ١٤٧) - مطالب أولي النهى(٣/ ٦).

(١) سبق تخريجه ص٩٧.

(٢) ينظر: إكمال المعلم (٤/ ٥٨٢) - التوضيح (٢٤/ ٢٤٠) - صيغ العقود، الغليقة ص ١٥٨.

(٣) ينظر: فتح العزيز (٨/ ١٠١) – صيغ العقود، الغليقة ص ١٤٤.

(٤) إعلام الموقعين (١/ ٢٢١).

الاتصال الحديثة، وذلك كالهاتف، وكذلك التلفاز، والمذياع في الإيجاب الموجه لعموم الناس.

وإذا كان العقد المالي لا يشترط فيه التقابض في مجلس العقد كالبيع والإجارة ونحوها صح إنشاؤه عن طريق الهاتف، والتلفاز، والمذياع، واعتبر تعاقداً بين حاضرين، وأما إن كان يشترط فيه التقابض فلا يصح إنشاؤه عن طريقها، واستثني كذلك عقد النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، وما يشترط فيه تعجيل رأس المال، ويبدأ العقد بينهما في الهاتف من حين بداية المكالمة بين العاقدين بشأن العقد، وينتهي بانتهاء المكالمة، ويبدأ في التلفاز والمذياع من حين الإيجاب الموجه لجمهور الناس إلى أن يتقدم شخص ويعلن قبوله[(١)].

وتطبيق ذلك في العقد الطبي وارد، فإن كثيراً من المرضى اليوم يتصلون بالأطباء أو بعياداتهم، أو ببعض المستشفيات ويجرون معهم عقداً لعلاجهم أو الكشف عليهم ونحو ذلك، وكذلك لو أعلن طبيب أو مستشفى معين عن طريق التلفاز أو المذياع معالجته للناس فمن تقدم وقبل فقد أجرى العقد وتممه.

---

(١) ينظر: فقه النوازل، الجيزاني (٣/ ١٠٤ - ١٠٧) - صيغ العقود، الغليقة ص٥٠٩- ٥٢٤ - الإيجاب والقبول، الدبيان ص١٢٥.

المطلب الثاني

ما يقوم مقام الصيغة في العقد الطبي

هناك عددٌ من الوسائل التي تقوم مقام الصيغة اللفظية، وتصلح للتعبير عن الإرادة، ومنها:

الوسيلة الأولى: الكتابة:

والكتابة هي: الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة؛ ليرجع إليها عند الحاجة(١).

والمراد هنا: الخطاب المكتوب فيه عبارة الإيجاب أو القبول، الموجه من أحد العاقدين للآخر(٢).

والكتابة المرادة هنا لها شرطان:

١ - أن تكون مستبينة: وهي التي يمكن بقاؤها بعد الانتهاء منها، وتمكن قراءتها، كالكتابة على اللوح.

٢ - أن تكون مرسومة: وهي التي تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة والمتعارف عليها بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليده، ومُصَدَّرة باسم المرسل والمرسل إليه، أو مختومة(٣).

---

(١) ينظر: وسائل الإثبات، الزحيلي (٢/ ٤١٧).

(٢) ينظر: تاريخ الفقه الإسلامي، أبو العينين ص ٣٨٢.

(٣) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٥٤٦ - المدخل الفقهي العام (١/ ٤١٢) - ضوابط العقد ص ٧٢.

وقد اختلف الفقهاء في صحة إنشاء العقد عن طريق الكتابة، وخلافهم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يصح إنشاء العقود بالكتابة مطلقاً، وهذا وجه عند الشافعية[(١)].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الأصل أن التعبير يكون باللفظ، فمن كان قادراً عليه لم يقبل منه غيره[(٢)].

ونوقش من وجهين: الوجه الأول: أنه هذا استدلال بمحل النزاع، والاستدلال بمحل النزاع لا يصح[(٣)].

الوجه الثاني: أن " الألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه، سواءً كان بإشارة، أو كتابة.... "[(٤)].

الدليل الثاني: أن الكتابة كناية، والعقود التي تحتاج إلى قبول لا تنعقد بالكناية[(٥)].

ونوقش: بأن الصحيح صحة إجراء العقود بصيغ الكناية[(٦)].

الدليل الثالث: أن الكتابة يتطرق إليها بعض الاحتمالات، فقد

---

(١) ينظر: المهذب، الشيرازي (٢/ ٣) - البيان (٥/ ١٦) - المجموع (٩/ ١٦٧) - كفاية النبيه (٨/ ٣٨١).

(٢) ينظر: المهذب (٢/ ٤) - البيان (٥/ ١٦) - المجموع (٩/ ١٦٧).

(٣) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٣٦٧).

(٤) إعلام الموقعين (١/ ٢١٨).

(٥) ينظر: كفاية النبيه (٨/ ٣٨١).

(٦) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص٢٢٥.

يكتب اللفظ لغرض التجربة، أو تحسين الخط، ويدخلها التزوير والتقليد، وما تطرق إليه الاحتمال وجب الانتقال منه إلى غيره(١).

ونوقش: بأن هذه احتمالات بعيدة، ويمكن ضبطها بما يمنع تطرق الاحتمال والتزوير لها(٢).

القول الثاني: يصح إنشاء العقود بطريق الكتابة للغائب دون الحاضر، وهذا ظاهر مذهب الحنفية(٣)، ووجه عند الشافعية(٤)، وقول في مذهب الحنابلة(٥).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: أن النبي ﷺ كتب إلى النجاشي ليزوجه أم حبيبة، فزوجها إياه وساق عنه أربعين أوقية(٦)

---

(١) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٣٦٧).

(٢) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٣) تردد بعض الفقهاء المعاصرين في اعتبار القول بمنع الكتابة بين الحاضرين مذهباً للحنفية مستدلاً بأنه لم يرد عنهم نص صريح يمنع ذلك أو يجيزه، ولكن القول باعتبار الكتابة بين الغائبين يعتبر صريح مذهبهم، ويفهم منه عدم اعتبارها بين الحاضرين، وهو فهم بعض فقهاء الحنفية حيث قال الزرقا في شرح القواعد: " الكتاب المستبين الصادر من الغائب كالخطاب من الحاضر "، ثم قال: " والتقييد بالغائب لإخراج الحاضر، فإن كتابته لا حكم لها ". ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨) - تبيين الحقائق (٤/ ٤)- العناية (٦/ ٢٥٤)- البحر الرائق (٥/ ٢٩٠) - الأشباه والنظائر ص٣٣٩ - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٢) - شرح القواعد الفقهية ص ٣٤٩ - صيغ العقود ص٢١٨.

(٤) ينظر: المهذب (٢/ ٣) - روضة الطالبين (٣/ ٣٤٠) - المجموع (٩/ ١٦٧).

(٥) ينظر: الإنصاف (٨/ ٥٠)- كشاف القناع(٣/ ١٤٨)- مطالب أولي النهى(٣/ ٧)- كشف المخدرات (١/ ٣٦٠)

(٦) أخرجه الحاكم في مستدركه برقم (٦٧٦٨) من قول الزهري مُصَدَّراً بقوله: " وقد زعموا " وأورده الزيلعي في تخريج أحاديث الكشاف ولم يتعقبه، وقال ابن حجر: حكاه في الخلافيات بلا إسناد. ينظر: المستدرك (٤/ ٢١) - تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف، الزيلعي (٣/ ٤٥٤)- التلخيص الحبير (٣/ ١٢٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ اعتمد على كتابه للنجاشي في إجراء عقد النكاح[١].

ويمكن أن يناقش: بأن الحديث ضعيف كما هو مثبت في تخريجه.

الدليل الثاني: أن الأصل أن التعبير يكون باللفظ، فمن كان قادراً عليه لم يقبل منه غيره، ولا ضرورة تبيح لغير الغائب العدول عن اللفظ إلى الكتابة، والكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا[٢].

ونوقش: بأن هذا استدلال بمحل النزاع، والاستدلال بمحل النزاع لا يصح[٣].

القول الثالث: يصح إنشاء العقود بالكتابة مطلقاً، وهو مذهب المالكية[٤]، ومعتمد مذهب الشافعية[٥]، وقول عند الحنابلة[٦]، واختاره عدد من الأئمة والفقهاء[٧].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته، وقد حصل منه التبليغ تارة بالقول، وتارة بالكتابة، وتارة بالرسول، وقامت الحجة

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/ ٦).
(٢) ينظر: المهذب (٢/ ٤) - البيان (٥/ ١٦) - المجموع (٩/ ١٦٧).
(٣) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٣٦٧).
(٤) واستثني النكاح بين الحاضرين. ينظر: الشرح الكبير (٣/ ٣) - حاشية الصاوي ((٣/ ١٤).
(٥) واستثني النكاح بين الحاضرين. ينظر: المهذب (٢/ ٣) – روضة الطالبين (٣/ ٣٤٠)(٧/ ٣٧) – المجموع (٩/ ١٦٧).
(٦) واستثني النكاح بين الحاضرين. ينظر: الإنصاف (٨/ ٥٠) – كشاف القناع (٣/ ١٤٨) - مطالب أولي النهى(٣/ ٧)
(٧) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٧) - إعلام الموقعين (٢/ ٤) - الدرر السنية (٧/ ١٤) - المختارات الجلية، السعدي ص١٤٢ - الشرح الممتع، ابن عثيمين (٨/ ١٠١).

على الجميع بذلك، فدل على قيام الكتاب مقام الخطاب(١).

الدليل الثاني: أن الكتابة وسيلة لإثبات الحقوق كما في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢]، وما كان وسيلة لإثبات الحق جاز أن يكون صالحاً لانعقاده(٢).

الدليل الثالث: أن الكتاب له حروف، والكتابة تقوم في الإفهام مقام الكلام، وقد جرت العادة باستعمالها في موضع الكلام، فدل على صحة إنشاء العقود بها(٣).

الدليل الرابع: القياس على كتاب القاضي، حيث يقوم كتاب القاضي مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق، فكذلك يقوم الكتاب مقام الخطاب في صحة إجراء العقود(٤).

الدليل الخامس: أن الشرع لم يرد فيه ما يدل على اشتراط شكل معين لإنشاء العقود، ولم يُلْزم المتعاقدان بالنطق عند التعاقد، بل الأمر في ذلك معلق على وجود الرضا من الطرفين، والألفاظ غير مقصودة لذاتها، بل كل ما دل على الرضا صلح لإنشاء العقد، والكتابة يحصل بها التراضي، فيصح بها العقد(٥).

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/ ٦) - البناية (٨/ ٨) - الحاوي (١٠ / ١٦٧)- المغني (٧/ ٤٨٦) - المبدع (٦/ ٣١٣).

(٢) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٣٦٦).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/ ٦) - الإشراف (٢/ ٧٤٦) - الحاوي (١٠/ ١٦٧) - المغني (٧/ ٤٨٦).

(٤) المغني (٧/ ٤٨٦) - الشرح الكبير (٨/ ٢٨٢) - المبدع (٦/ ٣١٣) - كشاف القناع (٥/ ٢٤٩).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٧) - إعلام الموقعين (١/ ٢١٨) (٢/ ٤) - المختارات الجلية ص١٤٢ - الشرح الممتع (٨/ ١٠٢) - صيغ العقود، الغليقة ص ١٤٤، ص٢٢١ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٣٦٦).

الترجيح: الراجح القول الثالث المتضمن صحة إنشاء العقود بالكتابة؛ لقوة أدلته، ولتحقيقه مصالح الناس خاصة مع توسع المعاملات، وتباعد المسافات، ولأن أدلة المانعين لا تقوى على معارضته.

والكتابة في العقد الطبي لها صور: منها التوقيع على العقد الطبي المكتوب موجباً أو قابلاً، ويدخل فيها المراسلات المكتوبة بين المتعاقدين، ومنها: أن يرسل الطبيب إيجابه إلى المريض عبر أي وسيلة تؤدي ذلك، والتعاقد الطبي بالكتابة يختلف عن التوثيق بالكتابة الذي يحصل بعد انعقاد العقد الطبي لقصد التوثيق، وذكر الشروط والالتزامات، وضبط الحقوق، ودرء الخلافات(١).

الوسيلة الثانية: الرسول:

والمراد به هنا: من أرسل يحمل إيجاب العاقد أو قبوله مشافهة للطرف الآخر الغائب(٢).

وقيل: أن يرسل أحد العاقدين شخصاً يبلغ إيجابه أو قبوله فيرد عليه الآخر(٣).

وقد جرت عادة الفقهاء أن يقرنوا بين الكتابة والرسول في الأحكام، فلا يفرقون بينهما، بل يجعلون أحكامهما واحدة(٤).

---

(١) ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية المعاصرة، محمد شبير ص ٢١١.

(٢) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص٢٣٤. (٣) ينظر: الوساطة التجارية ص ١٧٩.

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٣) - البحر الرائق (٥/ ٢٩٠) - الفتاوى الهندية (٣/ ٩) - البيان التحصيل (٦/ ١٨٤) - الشرح الكبير (٣/ ٣) - الفواكه الدواني (٢/ ٧٣) - الحاوي(٩/ ٥٥٩) - المهذب (٣/ ١٠٩) - روضة الطالبين (١١/ ٦٤) - المبدع (٨/ ١٠١) - الإقناع (٢/ ٥٧) - منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٣).

وحيث إن أحكامهما واحدة فما قيل في الكتاب يقال مثله في الرسول؛ ويترجح صحة إنشاء العقود عن طريق الرسول؛ لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه[(١)]، ولأن الرسول يُبَلِّغ عبارة المُرسِل إلى المرسَل إليه، ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة فيصح تبليغ الرسالة منهم[(٢)].

وللتعاقد بواسطة الرسول صور أبرزها ما يلي:

الصورة الأولى: أن يعين المُرسِل الرسول، ويأمره بتبليغ العاقد الغائب الإيجاب، فيقوم الرسول بتبليغ الرسالة، ويقبل المرسل إليه في المجلس فيتم حينئذ العقد.

الصورة الثانية: أن يعين المرسِل الرسول ويأمره بتبليغ العاقد الغائب الإيجاب، فيقوم غير الرسول بتبليغ الرسالة، فإذا قبل المرسل إليه تم العقد، ولا فرق بين أن يقوم بتبليغ الرسالة من كلفه المرسل أو غيره.

الصورة الثالثة: أن يعلن المرسِل إيجابه، ولكنه لم يأمر أحداً بتبليغ الرسالة، فيتطوع شخص فيبلغ الرسالة، فإذا قبل المرسل إليه لم يصح العقد؛ لأن المبلغ ليس رسولاً بل فضولياً[(٣)].

ومجلس العقد في الكتابة والإرسال واحد، هو بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة، فإذا صدر القبول من المرسل إليه اتصل حينئذ بالإيجاب حكماً في مجلس واحد، هو مجلس بلوغ الكتاب، أو أداء الرسالة،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨) - درر الحكام، الملا خسرو (٢/ ٢٨٤) - حاشية ابن عابدين (٧/ ٢٩٦).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني (٣/ ٦١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨) - فتح القدير (٦/ ٢٥٤) - البناية (٨/ ٨) - الفتاوى الهندية (٣/ ٩) - درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/ ٥٢٦) - صيغ العقود، الغليقة ص ٢٣٧.

فالتعاقد عن طريق الرسول لا يعدو أن يكون نقلاً للإيجاب من مكان الإرسال إلى مجلس أداء الرسالة(١).

ومثاله هنا : أن يُبَلِّغ الطبيب أو المريض إيجابَهما أو قبولهما عن طريق رسول يقوم بذلك.

الوسيلة الثالثة: الإشارة:

والإشارة هي: التلويح بشيء يفهم منه النطق(٢).

والمراد بها هنا في باب العقود: تحريك عضو من أعضاء الإنسان، كاليد، أو الرأس، أو العين، ونحوها، للدلالة على الرضا بالعقد أو رفضه(٣).

حكم إجراء العقود عن طريق الإشارة:

أولاً: تحرير محل النزاع:

أ - لا خلاف بين الفقهاء أن الإشارة المعهودة، المفهومة، الدالة على المراد، من الأخرس الأصلي، العاجز عن الكتابة مقبولة، وصالحة لإجراء العقود؛ وذلك لقيام الحاجة الداعية لذلك، إذ لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس، ولكان عرضة للموت جوعاً(٤).

---

(١) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ٢٣٧.

(٢) ينظر: المصباح المنير ص ٣٢٦ - التوقيف على مهمات التعاريف ص ٦٥ - الكليات ص ١٦٨.

(٣) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ٢٣٩.

(٤) ينظر: المبسوط (٦/ ٢٦٨) (٧/ ٧٦) - بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥) - درر الحكام (١/ ٦٢)- الإشراف (٢/ ٧٤٦)- مواهب الجليل (٣/ ٤٢٢) - التاج والإكليل (٦/ ١٤) - الحاوي (١٠/ ٢٦١) - المجموع (٩/ ١٧١) - مغني المحتاج (٦/ ٢١٨) - المغني (٤/ ١٥٩) - المبدع (٨/ ٣٠١) - شرح البهوتي على المنتهى (٣/ ٨٦).

ب - إشارة الأخرس الأصلي العاجز عن الكتابة إذا لم تكن معهودة ومفهومة فلا حكم لها؛ لعدم الوقوف على مراده[١].

ج - اختلف الفقهاء في حكم إشارة الأخرس الأصلي القادر على الكتابة، وكذلك إشارة الأخرس لعارض يرجى زواله، وكذلك إشارة غير الأخرس هل يصح إجراء العقود بها، وذلك على الأقوال التالية:

القول الأول: لا يصح إنشاء العقود بالإشارة إلا ممن كان خرسه أصلياً وكان غير قادر على الكتابة، أما من كان أخرساً قادراً على الكتابة، أو كان خرسه عارضاً فلا يصح ذلك منه، وهذا قول بعض الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، ووجه في مذهب الحنابلة في الوصية[٤]، وهو مذهب الظاهرية[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن امرأة قيل لها في مرضها: أوصي بكذا، أوصي بكذا، فأومأت برأسها، فلم يجزه علي ابن أبي طالب رضي الله عنه[٦].

---

(١) ينظر: البناية (٥/ ٣٠٢) - البيان (١٠/ ٤٤٦) - الشرح الكبير، ابن قدامة (٦/ ٤٢٠) - المبدع (٧/ ٢٤).

(٢) ينظر: فتح القدير (٣/ ٤٩٢) - البحر الرائق (٨/ ٥٤٥) - حاشية ابن عابدين (٨/ ٢٣٧).

(٣) ينظر: فتح العزيز (٨/ ٥٣٦) - روضة الطالبين (٨/ ٤٠) - الأشباه والنظائر ص٣١٢.

(٤) ينظر: الهداية ص٣٤٤ - المغني (٦/ ٢١٧) - المبدع (٥/ ٢٣٠) - الإنصاف (٧/ ١٨٧).

(٥) ينظر: المحلى (٢/ ١٤٠) - (٦/ ٣١٧) - (٧/ ٣٨٣).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الوصايا، باب امرأة قيل لها أوصي برقم (٣٠٨٠٣)، ويظهر أنه مرسل، في إسناده خلاس بن عمرو الهجري، وخلاس لم يسمع من علي رضي الله عنه. ينظر: المصنف، ابن أبي شيبة (٦/ ٢١٦) - تهذيب الكمال (٨/ ٣٦٥) - تهذيب التهذيب(٢/ ٣٤٥).

ونوقش: بأنه يحتمل أن هذه المرأة كانت ناطقة، ويحتمل أن إشارتها لم تكن مفهومة، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال[١].

الدليل الثاني: أن دلالة الكتابة أوضح وأضبط وأبعد عن الاحتمال، بخلاف دلالة الإشارة[٢].

ونوقش: بأن قوة الكتابة ووضوحها وبعدها عن الاحتمال غاية ما فيه تفضيل الكتابة على الإشارة، ولا يلزم من ذلك منع الأخرس القادر على الكتابة من إجراء عقوده بالإشارة[٣].

الدليل الثالث: أن من كان خرسه طارئاً لعارض فإنه غير ميئوس من نطقه، فلا تصح إشارته، والإشارة تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة، وذلك في حق من كان خرسه أصلياً لا عارضاً[٤].

ونوقش هذا الدليل من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن قياس الأخرس على القادر على النطق قياس على أصل مختلف فيه فلا يصح[٥].

الوجه الثاني: أنه يترتب على عدم الاعتداد بإشارة الأخرس إلحاق

---

(١) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص٢٤٤.

(٢) ينظر: فتح القدير (٣/ ٤٩٢) - البحر الرائق (٣/ ٢٦٧)(٨/ ٥٤٥) - حاشية ابن عابدين (٣/ ٢٤١) - تحفة المحتاج (٨/ ٢٠) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٣١٢.

(٣) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص٢٤١.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ٢١٨) - حاشية ابن عابدين (٨/ ٢٣٨) - المغني (٦/ ٢١٧) - الشرح الكبير (٦/ ٤٢٠)

(٥) ينظر: التقرير والتحبير (٣/ ١٧٨) - الورقات ص١٦ - البحر المحيط (٤/ ٧٩) - التحبير شرح التحرير (٧/ ٣١٦٤).

الضرر به، وتعطيل مصالحه[١].

الوجه الثالث: أن الإشارة لا يعمل بها إلا إذا كانت مفهومة سواءً أكان الخرس أصلياً أم عارضاً[٢].

القول الثاني: لا يصح إنشاء العقود بالإشارة إلا من الأخرس دون غيره، سواءً كان خرسه أصلياً، أو عارضاً، وسواءً كان قادراً على الكتابة أم غير قادر، وهذا مذهب الحنفية[٣]، والشافعية[٤] والحنابلة[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الحاجة داعية لصحة إجراء العقود من الأخرس بالإشارة، إذ لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس، ولكان عرضة للموت جوعاً[٦].

ويمكن أن يناقش: بأن هذا مسلم، لكنه لا يمنع صحة إنشاء العقد بالإشارة من غير الأخرس.

---

(١) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص٢٤٥.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع(٥/ ١٣٥) - فتح القدير (٣/ ٤٩٢) - المنتقى (٤/ ١٥٧) - التاج والإكليل (٦/ ١٤) - البيان (٥/ ٢١)(١٠/ ٤٤٦)- المجموع (٩/ ١٨٣)-الإنصاف (٨/ ٤٩) -كشاف القناع (٣/ ٣٦٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥) - فتح القدير (٣/ ٤٩٢) - البحر الرائق (٣/ ٢٦٧) - الفتاوى الهندية (١/ ٣٥٤).

(٤) ينظر: الحاوي (١٠/ ٢٦١) - روضة الطالبين (٨/ ٣٩) - أسنى المطالب (١/ ٥٤١) - تحفة المحتاج (٤/ ٢٢٣).

(٥) ينظر: المغني (٣/ ٤٨٥) - الإنصاف (٤/ ٣٧١) - كشاف القناع (٣/ ٢٠١) - كشف المخدرات (١/ ٣٨٠).

(٦) ينظر: المبسوط (٦/ ٢٥٨) -كفاية النبيه (١٤/ ٤٧٥) - مغني المحتاج (٦/ ٢١٨) - المبدع (٨/ ٣٠١).

الدليل الثاني: أن الشارع اعتبر إشارة الأخرس في العبادات، فإذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير صح ذلك منه واعتبر، ومتى اعتبرت إشارته في العبادات التي مبناها على التعبد فاعتبارها في المعاملات أولى(١).

الدليل الثالث: أن القصد من اشتراط الصيغة معرفة الرضا، وهو حاصل بالإشارة(٢).

ويمكن أن يناقش: بأن هذا مسلم، لكنه لا يمنع صحة إجراء العقد بالإشارة من غير الأخرس.

القول الثالث: يصح إنشاء العقود بالإشارة مطلقاً، سواءً من الأخرس أو غيره بشرط أن تكون مفهومة، وهذا مذهب المالكية(٣)، وقول للشافعية(٤)، ووجه عند الحنابلة(٥)، واختاره عدد من الأئمة والفقهاء(٦).

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿فَإِمَّا تَرَيِنَّ مِنَ ٱلۡبَشَرِ أَحَدٗا فَقُولِيٓ إِنِّي نَذَرۡتُ لِلرَّحۡمَٰنِ صَوۡمٗا فَلَنۡ أُكَلِّمَ ٱلۡيَوۡمَ إِنسِيّٗا﴾ [مَريَم: ٢٦] مع قوله تعالى: ﴿فَأَشَارَتۡ إِلَيۡهِۖ قَالُواْ كَيۡفَ نُكَلِّمُ مَن كَانَ فِي ٱلۡمَهۡدِ صَبِيّٗا﴾ [مَريَم: ٢٩].

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/ ٢٥٨) - فتح القدير (٣/ ٤٩٢) - عقد التوريد (١/ ١٤٥).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، ابن الوكيل (٢/ ٧٦).

(٣) ينظر: المنتقى (٤/ ١٥٧) - المسالك (٦/ ٥٢) - مواهب الجليل(٤/ ٢٢٩) - الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣).

(٤) ينظر: روضة الطالبين (١١/ ٦٣) - نهاية المحتاج (٦/ ٤٣٥-٤٣٦).

(٥) ينظر: الشرح الكبير (٧/ ٣٧٣) - مطالب أولي النهى (٥/ ٤٩).

(٦) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٧) - إعلام الموقعين (٢/ ٤) - الدرر السنية (٧/ ١٤) - المختارات الجلية ص١٤٢ - أضواء البيان (٣/ ٤١٠) - الشرح الممتع (٨/ ١٠١).

وجه الدلالة: أن الإشارة المفهومة تنزل منزلة الكلام، وتفهم ما يفهم القول، فيعرف بها المقصود والغرض، وتقع بها العقود من الأخرس وغيره(١).

الدليل الثاني: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي - صلى الله عليه وسلم- بجارية سوداء أعجمية، فقال: يا رسول الله؛ إنَّ عَلَيَّ عتق رقبة مؤمنة، فقال لها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (أين الله؟)، فأشارت إلى السماء بإصبعها السبابة، فقال لها: (مَنْ أنا؟)، فأشارت بإصبعها إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم- وإلى السماء، أي: أنت رسول الله، فقال: (أعتقها)(٢).

وجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز الإسلام الذي هو أصل الديانة بالإشارة، وإذا كان ذلك كافياً في الإيمان الذي يعصم الدم والمال، وينجي من النار، وتستحق به الجنة، ففي غيره من باب أولى(٣).

ونوقش: بأن الحديث في غير محل النزاع؛ لأن الجارية أعجمية، فهي في حكم العاجز عن النطق(٤).

ويمكن أن يجاب: بأن الحديث قد صح من غير لفظ " أعجمية "(٥).

---

(١) ينظر: تأويلات أهل السنة، الماتريدي (٧/ ٢٣١) - الجامع لأحكام القرآن (١١/ ١٠٤) - مدارك التنزيل (٢/ ٣٣٣) - البحر المحيط (٣/ ١٤١) - أضواء البيان (٣/ ٤٠٤).

(٢) الحديث أخرجه أحمد برقم (٧٨٩٣)، وأبو داود في كتاب الأيمان والنذور، باب الرقبة المؤمنة برقم (٣٢٨٤)، والطبراني في الأوسط برقم (٢٥٩٨)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٥٢٦٨) وحسن الذهبي إسناده، وصححه ابن الملقن والألباني. ينظر: المسند (٨/ ٢٣) - سنن أبي داود (٥/ ١٧٧) - المعجم الأوسط (٣/ ٩٥) - السنن الكبرى (٧/ ٣٨٨) - العلو للعلي ص١٦ - البدر المنير (٨/ ١٦٣) - السلسلة الصحيحة (٧/ ٤٥٨) (٧/ ٤٦٦).

(٣) ينظر: عمدة القاري (٢٠/ ٢٨٤) - عون المعبود (١٣/ ٢٢) - أضواء البيان (٣/ ٤٠٢).

(٤) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ٢٥١.

(٥) حيث جاء في الحديث عند أبي داود وغيره بدون لفظ (أعجمية). ينظر: سنن أبي داود، كتاب الأيمان والنذور، باب الرقبة المؤمنة برقم (٣٢٨٤) (٥/ ١٧٧).

الدليل الثالث: عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن يهودياً قتل جارية على أوضاح[١] لها، فقتلها بحجر، فجيء بها إلى النبي ﷺ وبها رمق[٢]، فقال: (أقتلك فلان؟)، فأشارت برأسها أن لا، ثم قال الثانية، فأشارت برأسها أن لا، ثم سألها الثالثة، فأشارت برأسها أن نعم، فقتله النبي ﷺ بحجرين.[٣].

الدليل الرابع: ما جاء في حديث أبي قتادة- رضي الله عنه- في قتله الحمار الوحشي، وفيه أن النبي - ﷺ- قال: (أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها؟، أو أشار إليها؟)، قالوا: لا، قال: (فكلوا ما بقي من لحمها)[٤].

وجه الدلالة: أن الأدلة السابقة وغيرها كثير[٥] تدل على أن الإشارة المفهمة تنزل منزلة الكلام، حيث استخدمها رسول الله ﷺ في مقام التبليغ، والفتيا، وإقامة الحدود، فدل على صحة إنشاء العقود بها[٦].

---

(١) الأوضاح: نوع من الحلي، يعمل من الفضة، سميت بذلك لبياضها، واحدها: وضح. ينظر: مطالع الأنوار (٦/ ٢٢٠) - النهاية في غريب الحديث والأثر (٥/ ٤٢٩).

(٢) الرمق: بقية الروح، وآخر النفس. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ٦٤٣) - المطلع ص٤٦٥.

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب إذا قتل بحجر برقم (٦٨٧٧)، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين، باب ثبوت القصاص بالحجر برقم (١٦٧٢). ينظر: صحيح البخاري (٩/ ٥) - صحيح مسلم (٣/ ١٢٩٩).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصطاده الحلال برقم (١٨٢٤) ومسلم في كتاب الحج، باب تحريم الصيد للمحرم برقم (١١٩٦). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٣) - صحيح مسلم (٢/ ٨٥٣)

(٥) ينظر: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الإشارة في الطلاق والأمور بالأرقام التالية (٥٢٩٣) (٥٢٩٤) (٥٢٩٥) (٥٢٩٦) (٥٢٩٧) (٥٢٩٨) (٧/ ٥١-٥٢).

(٦) ينظر: ابن بطال (١/ ١٦٦) - إكمال المعلم(٥/ ٢٢٤) - شرح النووي (٧/ ١٩١) - المتواري ص ٢٩٦ - فتح الباري (٩/ ٤٣٨) - عمدة القاري (٥/ ١٥) - إرشاد الساري (٦/ ٤٥٦) - نيل الأوطار (٨/ ٣١٩).

الدليل الخامس: أنَّ " الغرض من القول باللسان فيما تقع العبارة فيه باللفظ إنما هو تعبير اللسان عن ضمير القلب، فإذا وقعت العبارة عن الضمير بأي سبب كان من أسباب العبارة، إما بكتاب، وإما بإشارة، وإما بغير ذلك مما يقوم مقامه، فإن ذلك كله سواء"[١]، والشرع لم يرد فيه ما يدل على اشتراط شكل معين لإنشاء العقود، والألفاظ غير مقصودة لذاتها، بل الأمر في ذلك معلق على وجود الرضا من الطرفين،، والإشارة يحصل بها التراضي، فيصح بها العقد[٢].

الترجيح: الراجح القول الثالث المتضمن صحة إنشاء العقود بالإشارة؛ لقوة أدلته، ولتحقيقه مصالح الناس، ولأن أدلة المانعين لا تقوى على معارضته.

والإشارة في العقد الطبي لها اعتبارها: فإذا صدر من أحد طرفي العقد الطبي إشارة مفهومة صح العقد، سواءً كان أحد الطرفين أخرساً أم لا، وسواءً كان الأخرس قادراً على الكتابة أم لا.

الوسيلة الرابعة: المعاطاة:

المعاطاة في الاصطلاح: عرفت بعدد من التعاريف منها ما يلي:

قيل: " أن يناول المشتري الثمن للبائع فيناوله البائع السلعة دون إيجاب ولا قبول"[٣].

وقيل: " أن يوجد في أحد شقي العقد لفظ من أحد المتعاقدين،

---

(١) الكفاية في علم الرواية ص ٣٤٤.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٧) - إعلام الموقعين (١/ ٢١٨) (٢/ ٤) - المختارات الجلية ص١٤٢ - الشرح الممتع (٨/ ١٠٢) - صيغ العقود، الغليقة ص ١٤٤، ص٢٢١ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٣٦٦).

(٣) ينظر: معجم لغة الفقهاء ص١١٤.

ويشفعه الآخر بالفعل، أو لا يوجد لفظ أصلاً، ولكن يصدر الفعل بعد اتفاقهما على الثمن والمثمن"[(١)].

والتعريف الأخير أقرب؛ لأنه يشمل صورتي المعاطاة من كلا الطرفين، ومن طرف واحد.

والمعاطاة لها صورتان:

الصورة الأولى: أن يتم العقد بالفعل من كلا الطرفين من غير تكلم ولا إشارة.

الصورة الثانية: أن يتم العقد بالفعل من طرف، وباللفظ من الطرف الآخر، كأن يقول أحد الطرفين: خذ هذا الثوب فيأخذه الطرف الثاني دون أن يتكلم[(٢)].

حكم إنشاء العقود بالمعاطاة:

تحرير محل النزاع:

أولاً: لا يختلف الفقهاء أن النكاح لا يصح إنشاؤه بالمعاطاة؛ احتراماً لأمر الفروج وتعظيماً لحرمتها[(٣)].

---

(١) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ١٧١.

(٢) الصورة الأولى لا نزاع أنها من قبل بيع المعاطاة عند من يقول به، أما الصورة الثانية فهي محل خلاف. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣) - فتح القدير (٦/ ٢٤٩) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٧، ٥١٣) - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٩، ٢٣١) - الشرح الكبير (٣/ ٣) - المجموع (٩/ ١٦٣) - المنثور (٣/ ١٨٥) - الكافي (٢/ ٣) - المحرر (١/ ٢٦١) - مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/ ٨) - حاشية الروض المربع (٤/ ٣٣٠) - صيغ العقود ص ١٧١.

(٣) وقد نص على حكاية الإجماع في هذه المسألة المحلي في كتابه الإفصاح، وتابعه وهبة الزحيلي، وبه قال جمهور الفقهاء. ينظر: البحر الرائق (٣/ ٨٧) - حاشية ابن عابدين (٣/ ١٢) - الفروق، القرافي (٣/ ٢٦٤) - المغني (٧/ ٨٠) - كشاف القناع (٥/ ٤٠) - الإفصاح عن عقد النكاح، المحلي ص ٣٣ - الموسوعة الفقهية الكويتية (٤١/ ٢٤٢) - الفقه الإسلامي، الزحيلي (٩/ ٣٣) - أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بدران أبو العينين ص ٤٦.

ثانياً: اختلف الفقهاء في صحة إنشاء العقود غير النكاح بالمعاطاة، وخلافهم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يصح إنشاء العقد بالمعاطاة مطلقاً، وهو المعتمد عند الشافعية[(١)]، ورواية عند الحنابلة[(٢)]، ومذهب ابن حزم[(٣)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الأصل الذي تبنى عليه العقود هو الرضا، والرضا أمر خفي لا يطلع عليه، فأنيط الحكم بسبب ظاهر، وضابط جلي، وهو ما يدل عليه من ألفاظ الإيجاب والقبول، بينما المعاطاة لا تدل عليه وضعاً فلا يصح انعقاد العقد بها[(٤)].

ونوقش هذا الدليل من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أنه لم يرد في الشرع اشتراط لفظ معين، أو فعل معين يدل على الرضا، بل العقود تصح بكل ما دلَّ على مقصودها من قول أو فعل[(٥)].

الوجه الثاني: أن الدلالة الوضعية وإن انتفت عن المعاطاة ففيها الدلالة العرفية، وهي كافية في الدلالة على المراد[(٦)]، وفي القرائن من

---

(١) ينظر: المهذب (٢/ ٣) - المجموع (٩/ ١٦٢) - روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٥).

(٢) ينظر: الفروع (٦/ ١٢٣) - المبدع (٤/ ٦) - الإنصاف (٤/ ٢٦٣).

(٣) ينظر: المحلى (٧/ ٢٣٢).

(٤) ينظر: كفاية النبيه (٨/ ٣٧٥) - تخريج الفروع ص١٤٣ - أسنى المطالب (٢/ ٣) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٥).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٩/ ٧) - إعلام الموقعين (٢/ ٢٤).

(٦) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨).

الفوائد ما يدل على المقاصد[(١)].

الوجه الثالث: أنه قد ثبت بالأدلة أن الناس كانوا يستعملون المعاطاة وسيلة للتعبير عن الرضا بالعقد في زمن النبي ﷺ وما بعده من أزمان[(٢)].

الدليل الثاني: قياس بيع المعاطاة على بيع الملامسة[(٣)] بجامع وقوعها بغير لفظ[(٤)]

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق، فإن تلك بيوع محرمة، قائمة على التعليق والمخاطرة، بخلاف بيع المعاطاة فهو قائم على التسلم والتسليم، وتسليم المبيع والثمن من حقوق البيع وأحكامه[(٥)].

الدليل الثالث: قياس البيع على عقد النكاح، فكما أن النكاح لا ينعقد بالمعاطاة، فكذلك البيع، بجامع أنها كلها من عقود المعاوضات[(٦)].

ونوقش: بأن قياس البيع على النكاح قياس مع الفارق، فإن النكاح عظيم الخطر، جليل المقدار، فيه خروج من الحرمة إلى الحل، لذا كان لا بد فيه من الشهادة والولي وخصوص الألفاظ، بخلاف البيع فالأصل فيه الإباحة لذا جاز بكل لفظ أو فعل دل عليه[(٧)].

---

(١) ينظر: فتح باب العناية، علي القاري (٢/ ٢٩٨).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٦).

(٣) بيع الملامسة: التساوم في سلعة على أنه متى لمسها المشتري لزم البيع، وقيل: لمس الثوب دون نشره وتبيينه. ينظر: أنيس الفقهاء ص ٧٦ - المدونة (٣/ ٢٥٣) - النظم المستعذب (١/ ٢٣٩) - المغني (٤/ ١٥٦).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٥/ ٤٣٢) - فتح العزيز (٨/ ١٩٣) - المجموع (٩/ ٣٤٢) - روضة الطالبين (٣/ ٣٩٨).

(٥) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (٣/ ١٣١).

(٦) ينظر: المجموع (٩/ ١٦٣).

(٧) ينظر: الفروق (٣/ ٢٦٧).

القول الثاني: يصح إنشاء العقد بالمعاطاة في الأشياء الحقيرة القليلة دون الأشياء النفيسة، وهذا قول بعض فقهاء الحنفية(١)، وبعض الشافعية(٢)، وبعض الحنابلة(٣).

وقد استدلوا على ذلك: بأن البيع بالمعاطاة في الأشياء اليسيرة الحقيرة كان معتاداً لدى الناس من زمن الصحابة إلى يومنا هذا، ولو كلف الناس الإيجاب والقبول في الأشياء الحقيرة للحقهم حرج ومشقة(٤).

ونوقش هذا الدليل من الأوجه التالية:

الوجه الأول: حقيقة التعاطي هي الأخذ والإعطاء، وهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة(٥).

الوجه الثاني : أن تحديد ذلك بالأشياء اليسيرة الحقيرة غير منضبط، والناس مختلفون فيه اختلافاً كبيراً، والشريعة تسعى إلى التوضيح والبيان، والبعد عن الالتباس(٦).

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤)- الاختيار (٢/ ٤) - فتح القدير (٦/ ٢٥٢)- حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٣).

(٢) ينظر: الوسيط (٣/ ٨) - فتح العزيز (٨/ ٩٩) - المجموع (٩/ ١٦٢) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٥).

(٣) ينظر: الفروع (٦/ ١٢٣) - المبدع (٤/ ٦) - الإنصاف (٤/ ٢٦٣).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٤) - فتح القدير (٦/ ٢٥٢) - أسنى المطالب (٢/ ٣) - مغني المحتاج (٢/ ٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤).

(٦) قيل: يرجع في القليل والكثير والمحقر والنفيس إلى العرف، وقيل: المحقر ما كان دون نصاب السرقة، وقيل: ضابطه عن طريق التقدير، وقيل: غير ذلك، وهذه الأقوال تضعف القول بالتفريق. ينظر: البحر الرائق (٥/ ٢٩٢) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٣) - فتح العزيز (٨/ ١٠٠) - المجموع (٩/ ١٦٤) - مغني المحتاج (٢/ ٣).

الوجه الثالث: أن العادة والعرف إذا اقتضت صحة بيع المعاطاة في الأشياء اليسيرة اقتضت صحة ذلك في الأمور النفيسة، ولا فرق(١).

القول الثالث: يصح إجراء العقد بالمعاطاة مطلقاً، وهذا مذهب الحنفية(٢)، ومذهب المالكية(٣)، وهو قول عند الشافعية(٤)، هو مذهب الحنابلة(٥).

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الناس كانوا يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره فكان ذلك إجماعاً، ومثله الهبة، والهدية، والصدقة(٦)، ومن أمثلة ذلك ما يلي:

أ - أن النبي ﷺ لما اشترى الجمل من عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: هو لك يا عبدالله بن عمر(٧)، ولم يصدر من ابن عمر لفظ قبول.

ب - عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ يسأله فقال: (أما في بيتك شيء؟)، قال: بلى، حلس(٨) نلبس بعضه،

---

(١) ينظر: فتح القدير (٦/ ٢٥٢).

(٢) ينظر: البدائع (٥/ ١٣٤) - تبيين الحقائق (٤/ ٤) - فتح القدير (٦/ ٢٥٢) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٣).

(٣) ينظر: عقد الجواهر(٢/ ٣٢٧) - جامع الأمهات ص٣٣٧ - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨) - حاشية الدسوقي(٣/ ٣)

(٤) ينظر: فتح العزيز (٨/ ١٠١) - المجموع (٩/ ١٦٢) - كفاية النبيه (٨/ ٣٧٥) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٥).

(٥) ينظر: المغني (٣/ ٤٨١) - المبدع (٤/ ٥) - الإنصاف (٤/ ٢٣٦) - كشاف القناع (٣/ ١٤٨).

(٦) ينظر: المغني (٣/ ٤٨١).

(٧) الحديث سبق تخريجه ص٩٧.

(٨) الحلس: كل شيء يجعل على ظهر البعير تحت الرحل والقتب يلازمه، وما يبسط تحت جياد الثياب. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم (٣/ ١٩٠) - مشارق الأنوار (١/ ١٩٧) - النهاية في غريب الحديث (١/ ١٠٢٩).

ونبسط بعضه، وقعب[١] نشرب فيه من الماء، قال: (ائتني بهما)، قال: فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله ﷺ بيده، وقال: (من يشتري هذين؟)، قال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال: (من يزيد على درهم؟) مرتين أو ثلاثاً، قال رجل: أنا، آخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه، وأخذ الدرهمين)[٢].

وجه الدلالة: الحديث فيه دليل على جواز بيع المعاطاة[٣].

ج - عن جابر رضي الله عنه قال: (قام النبي ﷺ يوم الفطر فصلى، فبدأ بالصلاة، ثم خطب، فلما فرغ نزل، فأتى النساء، فذكرهن، وهو يتوكأ على يد بلال، وبلال باسط ثوبه يلقي فيه النساء الصدقة)[٤].

وجه الدلالة: أن المعاطاة في العقود تقوم مقام القول الصريح؛ لأن النساء ألقين ما ألقين إذ طلبت منهن الصدقة، فكانت صدقة وإن لم يسمها صدقة[٥].

---

(١) القعب: قدح قدر ري الرجل. وقيل: إنَاء من خشب ضخم مدور مقعر. ينظر: غريب الحديث، الخطابي (١/ ٥٠٨) - مشارق الأنوار (٢/ ١٩٠).

(٢) أخرجه بلفظه أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب ما تجوز فيه المسألة برقم (١٦٤١)، وابن ماجة في أبواب التجارات، باب بيع المزايدة برقم (٢١٩٨)، وبنحوه أخرجه أحمد برقم (١١٩٦٨)، والترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في بيع من يزيد برقم (١٢١٨)، والنسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب البيع فيمن يزيد برقم (٤٥٠٨)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن، لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان، وضعف إسناده ابن القطان، والألباني. ينظر: المسند (١٩/ ٣١) - سنن أبي داود (٣/ ٨١) - سنن الترمذي (٢/ ٥١٣) - سنن النسائي (٧/ ٢٥٩) - سنن ابن ماجة (٣/ ٣١٦) - بيان الوهم والإيهام، ابن القطان (٥/ ٥٧) - التلخيص الحبير (٣/ ٤٠) - ضعيف سنن أبي داود، الألباني (٢/ ١٢٦) - إرواء الغليل (٥/ ١٣٠).

(٣) ينظر: مرقاة المفاتيح (٤/ ١٣١٥) - عون المعبود (٥/ ٣٧).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب موعظة الإمام النساء يوم العيد برقم (٩٧٨)، ومسلم في كتاب صلاة العيدين برقم (٨٨٥). ينظر: صحيح البخاري (٢/ ٢١) - صحيح مسلم (٢/ ٦٠٣).

(٥) ينظر: إكمال المعلم (٣/ ٢٩٣).

الدليل الثاني: أن الشرع لم يرد فيه ما يدل على اشتراط شكل معين لإنشاء العقود، ولم يُلْزِم المتعاقدان بالنطق عند التعاقد، بل الأمر في ذلك مُعَلَّق على وجود الرضا من الطرفين، فكل ما دل على الرضا صلح لإنشاء العقد، والمعاطاة يحصل بها التراضي، فيصح إنشاء العقد بها[(١)].

الدليل الثالث: أن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فيرجع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض، والإحراز، والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك[(٢)].

الدليل الرابع: أن من تتبع ما ورد عن النبي ﷺ وصحابته علم أنهم في بيوعهم وإجاراتهم وتبرعاتهم لم يكونوا يقتصرون على صيغة الإيجاب والقبول، ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً لوجب نقله، ولم يتصور إهماله؛ لأن العقود مما تعم بها البلوى، فلو اشترط لها صيغة معينة لبينها النبي ﷺ بياناً عاماً للناس، حتى لا يخفى حكمها على أحد[(٣)]، ومن قواعد الشرع " أن كل ما يعلم أنه لا غنى بالأمة عنه، ولم يزل يقع في الإسلام، ولم يعلم من النبي ﷺ تغييره ولا إنكاره ولا من الصحابة فهو من الدين "[(٤)].

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/٧) - إعلام الموقعين (١/٢١٨) (٢/٤) - المختارات الجلية ص١٤٢ - الشرح الممتع (٨/١٠٢) - صيغ العقود، الغليقة ص ١٤٤، ص٢٢١ - المعاملات المالية، الدبيان (١/٣٦٦).

(٢) ينظر: المغني (٣/ ٤٨١) - الكافي(٢/ ٣) - الشرح الكبير (٤/ ٤) - المبدع (٤/ ٦) - كشاف القناع(٣/ ١٤٨).

(٣) ينظر: المغني (٣/ ٤٨١) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ٦) - المبدع (٤/ ٦) - كشاف القناع (٣/ ١٤٨).

(٤) بدائع الفوائد، ابن القيم (٤/ ١٤٢٣).

الدليل الخامس: أن اشتراط الصيغ اللفظية في العقود يوقع الناس في الحرج والمشقة، وقد رفعهما الله عن هذه الأمة كما قال سبحانه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨][١].

الترجيح: الراجح القول الثالث المتضمن صحة إنشاء العقود بالمعاطاة؛ لقوة أدلته، ولتحقيقه مصالح الناس، ولأن أدلة المانعين لا تقوى على معارضته، ثم إن الألفاظ غير مقصودة لذاتها، بل هي مما يستدل به على مراد المتكلم، وكل ما دل على ذلك كان كافياً.

والمعاطاة في العقد الطبي من أمثلتها ما يلي:

المثال الأول: أن يذهب المريض إلى الطبيب، فيقوم الطبيب بعمل الغيارات اللازمة للجروح التي بالمريض، ويقوم المريض بدفع الأجرة دون تلفظ من أحدهما[٢].

المثال الثاني: لو أخذ المريض دواءً من صنع الطبيب، فأعطاه ثمن الدواء، ولم يتلفظ أحد منهما.

ولما كان العقد الطبي لا يخرج عن كونه بيعاً أو إجارة أو جعالة، وهذه العقود تصح فيها المعاطاة فكذلك العقد الطبي.

الوسيلة الخامسة: السكوت ودلالة الحال:

وقد عرف السكوت بأنه: "حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ، أو إشارة، أو فعل شيء ينبيء عن الإرادة ويدل عليها"[٣].

---

(١) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ١٨١.

(٢) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها ص ٨٨.

(٣) السكوت ودلالته على الأحكام، الشرنباصي ص١٦.

وقيل: " ترك التكلم مع القدرة عليه بما قد يفهم منه الدلالة على الرضا بقرينة، غير إشارة أو عمل "[١].

وهذا التعريف أدق من سابقه، وأوضح فيكون هو الأقرب .

وعرف السكوت ودلالة الحال بأنه: " الحال التي يكون فيها الساكت في وضع يلزم فيه التكلم، ويفهم من سكوته رضاه بإنشاء العقد "[٢].

وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن السكوت ودلالة الحال يعتبر جزءاً من التعاطي؛ لأن العقد في هذه الحال قد تم بواسطة الأفعال دون وجود اللفظ[٣].

بينما فرق بعض الفقهاء بين المعاطاة والسكوت ودلالة الحال من أوجه أبرزها ما يلي:

الوجه الأول: قد يكون في المعاطاة نطق من أحد المتعاقدين، بينما لا يوجد ذلك في العقد بالسكوت ودلالة الحال، وإنما فهم الرضا من خلال القرائن المحيطة والظروف الملابسة.

الوجه الثاني: الأخذ والإعطاء من الجانبين في التعاطي ظاهر، بينما لا يظهر ذلك في التعاقد بالسكوت ودلالة الحال.

الوجه الثالث: في المعاطاة قد يكون الفعل صادراً من الموجب، أو من القابل، أو منهما، بينما السكوت ودلالة الحال لا يكون إلا في القبول، أما الإيجاب فلا يمكن فيه ذلك؛ لأن حقيقة الإيجاب عرض

---

(١) مبدأ اعتبار السكوت بمثابة الإذن والقبول وحكم الإلزام به، عبدالله السلمي ص٧٥.

(٢) صيغ العقود، الغليقة ص ١٩٧.

(٣) ينظر: ضوابط العقد، التركماني ص٨٠.

موجه من أحد العاقدين، وحقيقة السكوت موقف سلبي محض[(١)].

حكم التعاقد عن طريق السكوت ودلالة الحال:

في بيان حكم التعاقد عن طريق السكوت ودلالة الحال يقرر ما يلي:

أولاً: القاعدة أنه (لا ينسب إلى ساكت قول) إلا بدليل على أن سكوته كالقول حكماً أو حقيقة؛ لأن السكوت عدم محض، والأحكام لا تستفاد من العدم، فلو أتلف إنسان مال غيره وهو ساكت ضمن ما أتلفه، ولا يعتبر سكوت المالك إذناً بالإتلاف[(٢)]، وحكى بعض الفقهاء الاتفاق على أن السكوت ليس دليلاً على الرضا، وإنما الخلاف في مدى اعتباره إذناً أم لا[(٣)].

ثانياً: إذا قام دليل شرعي أو عقلي على نسبة القول أو مقتضاه إلى الساكت عمل به[(٤)]، وقد نص عدد من الفقهاء على مواضع محددة اعتبر السكوت فيها إذناً[(٥)]، وقيد بعضهم ذلك بقاعدة عامة هي " أن السكوت

---

(١) ينظر: السكوت ودلالته على الأحكام ص١٦٦ - صيغ العقود، الغليقة ص ١٩٨.

(٢) ينظر: شرح مختصر الروضة، الطوفي (٣/ ٨٤) - البحر المحيط، الزركشي (٣/ ٥٣٩).

(٣) ينظر: البيان والتحصيل(٤/ ٤٤٠) - البهجة في شرح التحفة(١/ ٤٠٣) - إيضاح المسالك، الونشريسي ص١٦٠

(٤) ينظر: شرح مختصر الروضة (٣/ ٨٥) - البحر المحيط (٣/ ٥٣٩).

(٥) قال ابن نجيم بعد كلامه عن قاعدة: " لا ينسب لساكت قول" "وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق " ثم ذكر سبعة وثلاثين موضعاً، وذكرها السيوطي ثم أتبعها بذكر المواضع المستثناة، وبعض الفقهاء والأصوليين جعلوها أقل من هذا على اختلاف بينهم في عدها. ينظر: النتف في الفتاوى، السغدي (٢/ ٧٩٣) - البناية (٥/ ٨٢) - الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص١٥٤ - الضروري في أصول الفقه ص٤٩ - إيضاح المسالك ص ١٥٩ - تخريج الفروع على الأصول ص ٢٤٣- الأشباه والنظائر، السبكي (٢/ ١٧٠) - المنثور في القواعد (٢/ ٢٠٦) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص١٤٢ - شرح مختصر الروضة (٣/ ٨٥).

في معرض الحاجة بيان "[١]، فنتج عن ذلك أن السكوت متى صاحبته قرائن الأحوال أصبح دليلاً على الإذن بالتصرف، وصح إنشاء العقود عن طريقه[٢]، ولكنَّ السكوت في معرض الحاجة إنما يكون بياناً إذا تحقق ما يوجب ذلك، ومنه ما يلي :

أ - دلالة الحال في المتكلم، كسكوت صاحب الشرع عن التغيير، فيكون سكوته إذناً به.

ب - لأجل حال في الشخص، كسكوت البكر البالغة في إجازة النكاح.

ج - ضرورة دفع الضرر، كسكوت الشفيع عن طلب الشفعة[٣].

ثالثاً: السكوت إنما يحتج به إذا تحقق فيه عدد من الشروط أهمها ما يلي :

الشرط الأول : أن يكون الساكت عالماً بالمسكوت عنه ؛ لأن الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به، والجهل بالشيء عذر شرعي.

الشرط الثاني : أن يكون الساكت جائز التصرف، فمن كان غير جائز تصرفه لم يعتد بسكوته، ولم يترتب على سكوته أثر.

الشرط الثالث : عدم قيام مانع يمنعه من إظهار إرادته ؛ لأن سكوته مع وجود مانع يدل على اختلال رضاه، فمن سكت خوفاً، أو كرهاً لم يعتد بسكوته.

---

(١) ينظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة (٦٧) ص ٩٥ - درر الحكام شرح المجلة (١/ ٥٩) - شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص ٣٣٧ - الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية ص٢٠٥ - الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢/ ٢٣٧).

(٢) ينظر: شرح مختصر الروضة (٣/ ٨٥) - السكوت ودلالته على الأحكام ص

(٣) ينظر: شرح القواعد الفقهية ص٣٣٨ - الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية ص٢٠٥ - ٢٠٦.

الشرط الرابع: أن يترتب على سكوته ضرر أو تغرير بالغير، فإذا ترتب ذلك على سكوته كان سكوته حينئذٍ مؤاخذاً عليه.

الشرط الخامس: ألّا يكون سكوته معارضاً بما هو أقوى منه، فإن صدر من الساكت فعل أقوى من السكوت كان سكوته دليلاً على الرضا أو العدم، كالإشارة، والكتابة[(١)].

خامساً: هناك عدد من الأدلة تدل على أن السكوت في معرض الحاجة يكون بياناً وإذناً، ومنها

الدليل الأول: قول ابن عمر رضي الله عنهما:.... وكانت بيعة الرضوان بعد ما ذهب عثمان رضي الله عنه إلى مكة، فقال رسول الله ﷺ بيده اليمنى: (هذه يد عثمان، فضرب بها على يده، فقال: هذه لعثمان)[(٢)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بايع عن عثمان بن عفان رضي الله عنه بيعة الرضوان، وكان غائباً؛ لعلمه المستفاد من حال عثمان رضاه بذلك، والعلم بالرضا يقوم مقام إظهاره[(٣)].

الدليل الثاني: أن النبي ﷺ قال لصاحب كبة الشعر[(٤)] حين أخذها من المغنم، وسأله أن يهبها له، فقال: (أما ما كان لي ولبني عبدالمطلب فهو لك)[(٥)].

---

(١) ينظر: المبسوط (٤/ ٣٩٥) (٢٤/ ١١٩) - بدائع الصنائع (٢/ ٣١٧)(٥/ ١٧) - شرح الخرشي (٦/ ١٧٠) - الفواكه الدواني (٢/ ١٥٢) - الحاوي الكبير (٧/ ٤٠٥) - المغني (٨/ ٣٣٧) - السكوت ودلالته على الأحكام ص ١٦٨- مبدأ اعتبار السكوت ص١١٠ - ١١٦ - قاعدة: لا ينسب لساكت قول، أحمد السراح ص٤٢٧.

(٢) الحديث أخرجه البخاري، كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب عثمان برقم (٣٦٩٨) (٥/ ١٥).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٩/ ٢٠-٢١).

(٤) كبة الشعر: أي قطعة مكبكبة مجتمعة من غزل شعر، وقيل: شعر ملفوف بعضه على بعض. ينظر: مرقاة المفاتيح (٦/ ٢٥٩٥) - حاشية السندي على سنن النسائي (٦/ ٢٦٤).

(٥) الحديث أخرجه أحمد في المسند برقم (٦٧٢٩)، وأبو داود في كتاب الجهاد، باب في فداء =

وجه الدلالة: أن تصرف النبي ﷺ بمال بني عبدالمطلب بدون إذنهم راجع إلى ما علمه ﷺ من حالهم، وأن نفوسهم تطيب بذلك[(١)].

الدليل الثالث: عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (لا تنكح الأيم[(٢)] حتى تستأمر[(٣)]، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت)[(٤)].

وجه الدلالة: أن الإجماع قد قام على أن البكر إذا استؤذنت في النكاح فإنه يكتفى بسكوتها[(٥)].

سادساً: من أبرز مسائل العقود المبنية على السكوت ودلالة الحال المتعلقة ببحثي هنا:

أ - سكوت المريض والتزامه الهدوء عند خضوعه للعلاج الذي يقوم به الطبيب[(٦)].

ب - مسألة تصرف الغير في العقد الطبي.

= الأسير بالمال برقم (٢٦٩٤)، والنسائي في كتاب الهبة، باب هبة المشاع برقم (٣٦٨٨)، وقال الهيثمي: رواه أحمد، ورجال أحد إسناديه ثقات، وحسن الألباني إسناده. ينظر: المسند (١١/ ٣٤١) - سنن أبي داود (٤/ ٣٣٠) - سنن النسائي (٦/ ٢٦٢) - مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٧) - صحيح سنن أبي داود، الألباني (٢/ ١٥٣).

(١) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص ٢٠٣.

(٢) الأيم: في الأصل التي لا زوج لها، بكرا كانت أم ثيباً، مطلقة كانت أو متوفى عنها، والمراد بها في هذا الحديث الثيب خاصة. ينظر: النهاية في غريب الحديث (١/ ٢٠٧).

(٣) تستأمر: الاستئمار: إظهار الثيب إذنها في النكاح. ينظر: النهاية في غريب الحديث (١/ ١٦٣).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره الثيب إلا برضاها برقم (٥١٣٦)، ومسلم في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت برقم (١٤١٩). ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١٧) - صحيح مسلم (٢/ ١٠٣٦).

(٥) ينظر: شرح السنة، البغوي (٩/ ٣٢) - بداية المجتهد، ابن رشد (٣/ ٩٣٩).

(٦) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض ص ٢٠٩.

المبحث الثاني
العاقدان في العقد الطبي

وفيه تمهيد، وثلاثة مطالب:

تمهيد: بيان معنى العاقدين، والمراد بهما في هذا البحث.

المطلب الأول: الشخصية الطبيعية في العقد الطبي

المطلب الثاني: الشخصية الاعتبارية في العقد الطبي.

المطلب الثالث: الفرق بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية، وأثر ذلك على العقد الطبي.

تمهيد

في بيان معنى العاقدين، والمراد بهما في هذا البحث:

العاقدان: هما اللذان يباشران العقد ويصدر عنهما الإيجاب والقبول[١].

ويعتبر العاقدان ركيزة أساسية في التعاقد؛ ذلك أن العقد يوجد وينشأ عنهما، وبسبب الارتباط الحاصل بينهما تترتب الآثار، وتبنى الأحكام[٢]، ولا يمكن تصور وجود الإيجاب والقبول دونهما[٣].

والعقد الطبي كغيره من عقود المعاوضات الأخرى لا بد فيه من عاقدين يباشرانه، ويصدر الإيجاب والقبول عنهما.

والعاقدان في العقد الطبي هما:

أ - الطبيب بصفته المؤجر حين أجر منفعته، وهي الخدمة الطبية التي يقدمها للمريض، والمتمثلة في معرفته وخبرته بالعلاج، أو من يقوم مقامه من مساعدين، أو إدارة المستشفى التي قد تقوم بإنشاء هذه العقود.

ب - **المريض** بصفته المستأجر، حين استأجر منفعة الطبيب، أو من يقوم مقامه، سواءً كان ولياً، أو وكيلاً[٤]، وذلك ليحصل على الخدمة الطبية المتعاقد عليها.

---

(١) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٤٩٩).

(٢) ينظر: تأريخ الفقه، أبو العينين ص ٤٢٦. (٣) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٤٩٩).

(٤) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤١٣ - العقد الطبي، قيس المبارك ص ١١٠.

والعاقدان في العقد الطبي قد يكونان شخصين طبيعيين، أو شخصين اعتباريين، أو أحدهما طبيعي والآخر اعتباري، ولذلك سيكون الحديث في المطالب التالية عن الشخصية الطبيعية في العقد الطبي، والشخصية الاعتبارية، وأهم الفروق بينهما، وأثر ذلك على العقد الطبي.

المطلب الأول

الشخصية الطبيعية في العقد الطبي

عرفت الشخصية الطبيعية بعدد من التعريفات منها ما يلي:

التعريف الأول: كل فرد يتمتع بشروط معينة يضعها القانون، ويكون مؤهلاً للقيام بالالتزامات وتنفيذها، ويتحمل مسؤولية ما ينتج عن أعماله، على أن يتمتع بالأهلية التامة(١).

التعريف الثاني: الشخصية القانونية للفرد التي تبدأ بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته حقيقة أو حكماً(٢)

وهذه التعريفات متقاربة تدل على أن الشخصية الطبيعية تطلق على الإنسان باعتباره كائناً طبيعياً، وأن كل أفراد الناس أشخاص طبيعيون، لهم الاستقلالية، التي تثبت لهم معها الحقوق، وعليهم الواجبات(٣).

والأحكام التي تتعلق بالشخص الطبيعي تبدأ شرعاً منذ بداية حياته حياً ولو تقديراً، وتنتهي بالموت، ومن أهم هذه الأحكام ما يتعلق بالأهلية، والذمة(٤).

---

(١) ينظر: معجم المصطلحات الفقهية والقانونية ص ٢٠٥.

(٢) ينظر: معجم مصطلحات الشريعة والقانون، كرم ص ٢٤٢.

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٧٨٣) - المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٤٩ - معجم القانون ص١٠٤.

(٤) ينظر: الشخصية الاعتبارية الحكمية والشخصية الطبيعية، حسين معلوي الشهراني ص ٥٦.

لذا سأتناول الحديث عنهما بشيء من الاختصار فيما يلي:

أولاً: الأهلية:

الأهلية في اللغة: تطلق على عدد من المعاني منها: الجدارة، والكفاءة، والصلاحية للشيء، واستحقاقه، يقال: هو أهل لكذا، أي: مستوجب له[١].

والأهلية في الاصطلاح: عبارة عن الصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة للإنسان، وعليه[٢].

وقيل: "الصلاحية للوجوب له وعليه شرعًا، أو لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعًا"[٣].

وبالنظر إلى هذين التعريفين يتبين أن التعريف الأول يصلح لأهلية الوجوب، وأن التعريف الثاني يشمل أهلية الوجوب والأداء؛ ذلك أن العلماء يقسمون الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء[٤]

فأما أهلية الوجوب فهي: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

وأهلية الأداء هي: صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه بعتد به شرعاً[٥]

---

(١) ينظر: لسان العرب (١١/ ٢٨) - المصباح المنير (١/ ٢٨) - معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٨٨.

(٢) ينظر: التعريفات ص ٥٨ - التوقيف على مهمات التعاريف ص ١٠٤.

(٣) فصول البدائع، الفناري، (١/ ٣١٣).

(٤) ينظر: كنز الوصول، البزدوي ص٣٢٤ - كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٣٥) - شرح التلويح (٢/ ٣٣٦) - فصول البدائع (١/ ٣١٣) - المدخل الفقهي العام (٢/ ٧٨٤) - عوارض الأهلية، الجبوري ص ٩١.

(٥) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٣٥) - فصول البدائع (١/ ٣١٣) - التقرير والتحبير (٢/ ١٦٤).

ومناط أهلية الوجوب: الصفة الإنسانية، فهي تثبت لكل إنسان منذ ولادته، بصرف النظر عن نوعه وسنه، وعقله، ورشده، فشرط ثبوتها للإنسان الحياة، وقد يطلق عليها بعض الفقهاء الذمة[١][٢].

وأهلية الوجوب قسمان:

أ - أهلية وجوب ناقصة تثبت للجنين قبل ولادته، وانفصاله عن أمه، وبمقتضاها تثبت له بعض الحقوق بشرط ولادته حياً، ولا تترتب عليه الواجبات.

ب - أهلية وجوب كاملة تثبت لكل إنسان يولد حياً، وتبقى مستمرة معه، وبمقتضاها تثبت له الحقوق، وتجب عليه الالتزامات[٣].

ومناط أهلية الأداء: **التمييز والعقل**، فمتى كان الإنسان مميزاً اعتبرت أقواله وأفعاله[٤].

وأهلية الأداء قسمان:

أ - أهلية أداء ناقصة، وهي التي يكون فيها نقص في العقل أو في البدن، فالقصور البدني كما في الصبي العاقل، والقصور العقلي كما في المجنون البالغ، ويترتب على أهلية الأداء القاصرة صحة الأداء لا وجوبه.

---

(١) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٣٥) - شرح التلويح (٢/ ٣٣٦) - قواطع الأدلة في الأصول (٢/ ٣٧٠).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٧٨٥)- عوارض الأهلية، الجبوري، ص ٩٣ - أصول الفقه،السلمي ص ٧٩.

(٣) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٣٥) - شرح التلويح (٢/ ٣٣٩) - عوارض الأهلية، الجبوري ص ١٠٩.

(٤) ينظر: كنز الوصول ص ٣٢٦ - فصول البدائع (١/ ٣١٣) - عوارض الأهلية،الجبوري ص١١٤.

ب - أهلية أداء كاملة، وهي المبنية على القدرة الكاملة من العقل الكامل والبدن الكامل، ويترتب عليها وجوب الأداء وتوجه الخطاب لمن اتصف بها[(١)].

ثانياً الذمة:

الذمة في اللغة: تطلق على عدد من المعاني منها: العهد، والميثاق، والأمان، والضمان[(٢)].

والذمة في الاصطلاح: اختلف في تعريفها وتحديد المراد بها على أقوال[(٣)]:

القول الأول: أن الذمة ذات وليست وصفاً، وأن لها وجوداً حقيقياً، وبناءً على ذلك عرفت الذمة بأنها: نفس ورقبة لها ذمة وعهد[(٤)].

والمراد جعل الذمة ذات وجود مادي؛ حتى لا تبنى الأحكام الشرعية على شيء افتراضي لا وجود له[(٥)].

وهذا القول يعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول: أن أصحاب هذا القول لم يخرجوا عن الافتراض؛

---

(١) ينظر: كنز الوصول ص٣٢٦ - كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٥٠) - فصول البدائع (١/ ٣١٣) - التقرير والتحبير (٢/ ٢٢٥) - المدخل الفقهي العام (٢/ ٧٨٧) - عوارض الأهلية عند الأصوليين ص ١١٥ - ١١٦.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ٢٨٥) - لسان العرب (١٢/ ٢٢٠) - المصباح المنير (١/ ٢١٠).

(٣) ينظر: المغرب ص ١٧٦ - تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٤٣ - التعريفات ص١٤٣ - كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٨٢٦) - دستور العلماء (٢/ ٨٩) - الذمة والحق، المكاشفي ص ١٧.

(٤) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٣٨) - شرح التلويح (٢/ ٣٣٧) - شرح منار الأنوار، ابن الملك ص ٣٣٣ - فصول البدائع (١/ ٣١٤) - التقرير والتحبير (٢/ ٢٢٠)- تهذيب الفروق والقواعد السنية (٣/ ٣٨٢).

(٥) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص ١٩٩.

لأن تعلق الديون بنفس الإنسان تعلق اعتباري، وهم إنما تحولوا من افتراض المحل إلى افتراض التعلق(١).

الوجه الثاني: أن هذا القول لا يتفق مع تقسيم الفقهاء الذمة إلى ذمة مطلقة كاملة كذمة الإنسان بعد ولادته، وغير مطلقة وكاملة كذمة الجنين قبل ولادته(٢)(٣).

القول الثاني: أن الذمة وصف، أو أمر شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، وبناءً على هذا القول عرفت الذمة بعدد من التعريفات منها ما يلي:

التعريف الأول: " وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه "(٤).

التعريف الثاني: " وصف يصير به المكلف أهلاً للإلزام والالتزام "(٥).

وإلى هذا القول ذهب جماهير الفقهاء والأصوليين، وتعريفاتهم في ذلك متقاربة(٦).

---

(١) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ص١٩٩.

(٢) ينظر: الذمة والحق، المكاشفي ص ٢٦.

(٣) وهناك من ذهب إلى أن تقدير الذمة من الأوهام التي لا حاجة إليها شرعاً وعقلاً، وأن الذمة في لسان الفقهاء لا تخرج عن معناها اللغوي " العهد "، ولكن هذا قول مخالف للإجماع، ومنتقض بالصغير والمجنون اللذين لا يصح منهما عهد مع ثبوت الحقوق عليهما ولو لم يكن لهما مال. ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٣٦) - شرح التلويح (٢/ ٣٣٧) - المدخل إلى نظرية الالتزام ص١٩٩ - الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت ص ٢٦.

(٤) شرح التلويح (٢/ ٣٣٧).

(٥) كشاف القناع (٣/ ٢٨٩).

(٦) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٣٦) - التقرير والتحبير (٢/ ٢١٩) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٨١)- تهذيب الفروق (٣/ ٣٨٢) - شرح الخرشي (٥/ ٢١٧) - الحدود الأنيقة ص ٧٢ - حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٥٦) - الفروع (١٠/ ٤٥٣) - شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٧) - مطالب أولي النهى (٣/ ٢٠٧) - المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص٢٠١ - معجم لغة الفقهاء ص٢١٤ - القاموس الفقهي ص١٣٨.

والراجح: القول الثاني الذي يقضي بأن الذمة وصف، أو أمر يفترض الشارع وجوده في الإنسان؛ وذلك لوضوحه، وانضباطه، وابتناء الأحكام عليه.

ثالثاً: العلاقة بين الأهلية والذمة:

من الفقهاء من يرى أن أهلية الوجوب والذمة لفظان مترادفان، فالذمة وأهلية الوجوب يراد بهما القابلية لثبوت الحقوق، ووجوب الالتزامات.

ومن الفقهاء من يفرقون بينهما، فيرون أن أهلية الوجوب مبنية على قيام الذمة ومستندة إليها، فالذمة سابقة لوجود الأهلية، فلا تثبت الأهلية إلا بعد وجود الذمة[(١)]؛ ذلك أن أهلية الوجوب تعني الصلاحية للإلزام والالتزام، وهذه الصلاحية لا بد لها من محل، ومحلها الذمة، فالإنسان قد جبل بفطرته على تحمل التكاليف، ولا يمكن تكليفه في غير محل، والذمة هي محل تلك التكاليف، فالذمة لازمة لأهلية الوجوب وليست عينها، فهي كالوعاء الاعتباري، وما يكون بداخله هو أهلية الوجوب[(٢)].

والشخصية الطبيعية في العقد الطبي تطلق على كل من الطبيب والمريض، باعتبارهما كائنين طبيعيين، يتمتعان بشروط معينة، ومؤهلان للقيام بالالتزامات وتنفيذها، تثبت لهما الحقوق، وعليهما الواجبات، ويتحملان مسؤولية ما ينتج عن أعمالهما.

---

(١) ذهب بعض الفقهاء إلى أن الذمة مترتبة على الأهلية، وأن الإنسان لا تكون له ذمة حتى تكون له أهلية، وأن الذمة لا تثبت إلا لشخص مستقل، وأن الجنين في بطن أمه لا ذمة له. ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص٢٠٢

(٢) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٢٣٧) - شرح المنار، ابن الملك ص ٣٣٣ - المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٠١ - الذمة والحق، المكاشفي ص ٢٩ - عوارض الأهلية، الجبوري ص١٠٤ - الذمة والأهلية في الشريعة الإسلامية والقوانين، عبدالرحيم سلامة ص٤٣-٤٧ - العلاقة بين أهلية الوجوب والذمة، محمد الشرفي ص٢٣٣.

المطلب الثاني
الشخصية الاعتبارية في العقد الطبي

عرفت الشخصية الاعتبارية بعدد من التعاريف منها ما يلي:

التعريف الأول: شخص يتكون من اجتماع أشخاص أو أموال، يقدر له التشريع كياناً قانونياً منتزعاً منها، مستقلاً عنها[١].

التعريف الثاني: الوصف القائم بالشيء، بحيث يكون له وجود حكمي مستقل، وذمة تؤهله لأن يكون له حقوق، وعليه واجبات[٢].

وهذا التعريف الثاني أقرب التعريفات؛ لسلامته من الدور، وشموله، مع وضوح عبارته، واختصارها.

والشخصية الاعتبارية يعبر عنها بمصطلحات أخرى مثل: الشخصية المعنوية، والشخصية الافتراضية، والشخصية القانونية، والشخصية الحكمية[٣].

والتعبير بالحكمية تعبير فقهي، أثبته الفقهاء، وجعلوه قسيماً للشخص الحقيقي في أهلية التملك[٤].

---

(١) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص **٢٨٣** - معجم مصطلحات الشريعة والقانون، كرم ص **٢٤٢**.

(٢) ينظر: شركة المساهمة في النظام السعودي والفقه الإسلامي، صالح المرزوقي ص **١٩٦**.

(٣) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص **٢٥٠** - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، أمل الدباسي ص **٣٢**.

(٤) ينظر: شرح الخرشي على خليل (٧/ ٨٠) - حاشية العدوي (٢/ ٢٦٥).

والشخصية الاعتبارية لها قسمان:

القسم الأول: الشخصية الاعتبارية الخاصة: وهي الناشئة عن رغبة أو رغبات فردية محضة كالشركات والمؤسسات بجميع أنواعها، والجمعيات الخيرية التي تهدف لتحقيق نفع عام[١].

القسم الثاني: الشخصية الاعتبارية العامة: وهي التي يتعلق بوجودها مصالح مشتركة بين جميع الناس، وتمثلها مصادر السلطة كالدولة، وما يتفرع عنها، والمنشآت العامة المخصصة لمصالح ومرافق عامة.

والشخصية الاعتبارية لها خصائص أبرزها ما يلي[٢]:

أولاً: الذمة المالية المستقلة.

ويقصد بها هنا: كون أموال الشخص الاعتباري وممتلكاته منفصلة تماماً عن أموال وممتلكات أعضائه، والذين لكل واحد منهم ذمة مالية مستقلة، مما يجعلهم غير مسؤولين عن التزامات الشخص الاعتباري وديونه حال إفلاسه إلا بالقدر الذي التزموا دفعه من رأسِ المال[٣].

ثانياً: ثبوت الأهلية.

والمراد: أهلية الوجوب التي تعتمد على وجود الذمة، فإن أهلية

---

(١) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الزرقا ص ٢٨٤ - الشخصية الاعتبارية، أحمد علي ص ٧٥- نظرية الشخصية الاعتبارية، الخولي ص٦٥ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص ٣٥.

(٢) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص ٢٩٢- نظرية الشخصية الاعتبارية، الخولي ص٣٦ - الشخصية الاعتبارية، خالد الجريد ص ٧٤ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص٤٢.

(٣) ينظر: الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، أحمد علي ص٦٧ -٦٨.

الوجوب تثبت لغير الإنسان من الأشخاص الاعتباريين كالمؤسسات والشركات وغيرها، فتثبت لهم الحقوق والواجبات المالية، ويطالب بها من يتولى أمرها ويقوم عليها، وكذلك أهلية الأداء، وقيل: لا تثبت[١]؛ لأن مبناها على الاستجابة للتكليف والامتثال له، ولا يتحقق ذلك إلا ممن يفهم الخطاب، ويدرك المراد[٢].

ثالثاً: ثبوت الحقوق، كحق التقاضي، وحق الاقتراض، وغيرها.

والمراد: أن الشخص الاعتباري له الحق في مقاضاة الآخرين؛ للحصول على حقوقه، كما أن للآخرين الحق في مقاضاته، كما يثبت له الحق في الاقتراض مقابل الضمانات اللازمة[٣].

رابعاً: ثبوت المسؤولية.

والمراد: أن الشخص الاعتباري يسأل مسؤولية مدنية عن أفعاله الضارة، وتقصيره في التزاماته العقدية، كما يسأل مسؤولية جنائية؛ عملاً بمسؤولية المتبوع عن تابعه[٤]،

---

(١) ذهب بعض الفقهاء إلى أن عدم ثبوت أهلية الأداء للشخصية الاعتبارية لا نزاع فيه، بينما ذهب بعض الباحثين إلى ثبوتها لهم، وقال آخرون المراد بأهلية الأداء للشخصية الاعتبارية: اعتبار أقوال وأفعال من يمثل الشخص الاعتباري من الأشخاص الحقيقيين، بحيث تعتبر تصرفاتهم وعقودهم التي يبرمونها نيابة عن الشخص الاعتباري مراعاة لمصلحته. ينظر: زكاة الشخصية الاعتبارية، الصديق الضرير ص٤ - نظرية الشخصية الاعتبارية، الخولي ص٣٨ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص ٤٢.

(٢) ينظر: زكاة الشخصية الاعتبارية، الضرير ص٤ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص٤٢.

(٣) ينظر: الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، أحمد علي ص٦٧ - ٦٨ - نظرية الشخصية الاعتبارية، الخولي ص٣٦ - الشخصية الاعتبارية، الجريد ص ٧٨ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص٤٢ - ٤٣.

(٤) اتفق الفقهاء على مساءلة التابعين جنائياً في الشخصية الاعتبارية عند ارتكاب الجريمة، =

وحفاظاً على أمن المجتمع[(١)].

والشخصية الاعتبارية عرفها الفقه الإسلامي كمصطلح في منتصف القرن الرابع عشر الهجري تقريباً، وإن كانت قد عرفت قبل ذلك في تطبيقاته الفقهية، خاصة في نظام الدولة الإسلامية، والولاية العامة، وما يتعلق بها كبيت المال، والوقف، وغيرها؛ لارتباطها بالذمة المالية[(٢)].

ومما يدل على اعتبار الشخصية الاعتبارية ما يلي:

الدليل الأول: حديث علي رضي الله عنه وفيه أن النبي ﷺ قال: (ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم)[(٣)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ اعتبر ما يعطيه أحد المسلمين للمحارب طالب الأمان من ذمة وتأمين سارياً على جماعتهم، وملزماً لهم، كما لو صدر منهم جميعاً[(٤)].

= واختلفوا في مساءلة الشخصية الاعتبارية ذاتها، فمنهم من منع ذلك؛ لعدم توفر شرطي الجريمة: الإدراك والإرادة الآثمة، ومنهم من أقر مساءلتهم؛ حفظاً لأمن المجتمع، وتحقيقاً للردع. ينظر: المسؤولية الجنائية للشخصية الاعتبارية، الحربي ص ١١١- ١١٨ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص٧٣ -٩٨ - المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري، القطري ص٢٣.

(١) ينظر: الشخصية الاعتبارية، أحمد علي عبدالله ص ٧٥ - نظرية الشخصية الاعتبارية، الخولي ص ٤٣ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص٥٧، ١٤٦.

(٢) ينظر: الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، محمد طموم ص١٢٢ - نظرية الشخصية الاعتبارية، الخولي ص٦٤ - الشخصية الاعتبارية، الجريد ص٦٩ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص٤٥.

(٣) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الاعتصام باب من انتظر حتى تدفن برقم (٧٣٠٠)، ومسلم، كتاب الحج، باب فضل المدينة برقم (١٣٧٠). ينظر: صحيح البخاري (٩/ ٩٧) - صحيح مسلم (٢/ ٩٩٤).

(٤) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص ٢٦٩.

الدليل الثاني: أن النبي ﷺ ودى[١] عبدالله بن سهل رضي الله عنه، عندما قتله اليهود مائة من إبل الصدقة[٢].

الدليل الثالث: عن المقدام بن معد يكرب رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (من ترك كَلّاً[٣] فإلي، قال: وربما قال: إلى الله وإلى رسوله، ومن ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل[٤] عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه)[٥].

وجه الدلالة: أن بيت المال يلتزم بالعقل عن المسلم الذي لا وارث له إذا كانت جنايته غير عمدية، وبيت المال جهة اعتبارية، فتتوجه عليه الديات، والدعاوى، والبينات، ورد الأجوبة، والمطالبة بالنفقات،

---

(١) ودى: أي أعطى الدية، والدية هي: المال الذي يعطى لولي المقتول بدل نفسه وعوضاً عن دمه. ينظر: أنيس الفقهاء ص١٠٨ - شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٢١) - معجم مقاليد العلوم ص٥٨ - المطلع ص٤٤٣.

(٢) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب القسامة برقم (٦٨٩٨)، ومسلم، كتاب القسامة والمحاربة والقصاص والديات، باب القسامة برقم (١٦٦٩). ينظر: صحيح البخاري (٩/ ٩) - صحيح مسلم (٣/ ٩٢٤).

(٣) الكل: العيال، والولد، والمراد: أن من ترك ولداً لا كافي له ولا كافل، فأمره مفوض إلينا، نصلح أحواله من بيت المال. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٤/ ٣٥٣) - المغرب (٢/ ٢٣١).

(٤) أعقل عنه: من العقل: وهو الدية، والمراد: أؤدي الدية عنه، وما يلزمه بسبب جناية تتحملها العاقلة. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٣/ ٥٣٤) - مرقاة المفاتيح (٥/ ٢٠٢٦).

(٥) الحديث أخرجه أحمد في المسند برقم (١٧٢٠٤)، وأبو داود في سننه كتاب الفرائض، باب في ميراث ذوي الأرحام برقم (٢٨٩٩)، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب توريث الخال برقم (٦٣٢٢)، وابن ماجة في سننه أبواب الفرائض، باب ذوي الأرحام برقم (٢٧٣٨) وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وصححه الألباني في الإرواء. ينظر: المسند (٢٨/ ٤٣٥) - سنن أبي داود (٤/ ٥٢٦) - السنن الكبرى، النسائي (٦/ ١٦) - سنن ابن ماجة (٤/ ٤٠) - المستدرك (٤/ ٣٨٢) - إرواء الغليل (٦/ ١٣٧).

وتثبت له الحقوق كحق الإرث[١]، والشفعة، والوصية وغيرها[٢].

الدليل الرابع: أن الفقهاء قد عدوا الوقف من الشخصيات الاعتبارية التي تتمتع بالذمة المالية الخاصة؛ ذلك أن الوقف عبارة عن مجموعة من الأموال والأشخاص ذات النفع العام، له صفة البقاء والدوام، يقبل التملك الحكمي، وتثبت له الحقوق كالوصية له، والهبة، وضمان الاعتداء عليه، والقيام بإصلاحه وترميمه وصيانته، كما تثبت عليه الالتزامات كإجراء العقود، والوفاء بالديون، وغيرها[٣].

مما سبق يتبين أن الشخصية الاعتبارية أمر مقرر لها وجودها واعتبارها في الفقه الإسلامي.

---

(١) بيت المال يأخذ المال ممن مات وليس له وارث معلوم، وحكى الاتفاق على ذلك ابن تيمية، واختلف الفقهاء في موجب أخذه للمال فذهب المالكية والشافعية إلى أنه من باب الإرث عصوبة، وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه من باب رعاية المصلحة، أما أخذه للمال المتبقي من تركة الميت بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم وإذا لم تكن هناك عصبة فمحل خلاف: فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن بيت المال لا يرث، ويرد الباقي على أصحاب الفروض ما عدا الزوجين، وذهب المالكية إلى أن بيت المال يرث مطلقاً، ولا رد، وذهب الشافعية إلى أن بيت المال يرث ولا رد إذا كان منتظماً. ينظر: الاختيار (٥/ ٨٦) - شرح السراجية ص١١ - البحر الرائق (٨/ ٧٦) - التاج والإكليل (٨/ ٥٩٢) - مواهب الجليل (٦/ ٤١٣) - الشرح الكبير (٤/ ٤٦٨)- الحاوي (٨/ ٧٧) - مغني المحتاج (٤/ ٣٢) - نهاية المحتاج (٦/ ١١)- المغني (٦/ ٢٩٦) - الفروع (٨/ ٧٥)- الإقناع (٣/ ٩٥).

(٢) ينظر: شرح السير الكبير (١/ ٤٩٩) - المبسوط (٩/ ٥٠) - بدائع الصنائع (٧/ ٢٨٩) - العناية (٦/ ٧٥) - الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ١٠٤٨) - التاج والإكليل (٨/ ٥٩٢) - حاشية الصاوي (٣/ ٢٢٨) - اللباب ص ٣٧٥ - الأحكام السلطانية، الماوردي ص ٣١٥ - جواهر العقود، الأسيوطي، (١/ ١٦١) - الأحكام السلطانية، أبو يعلى ص ٢٥١ - المغني (٧/ ٧٩٢) - كشاف القناع (٣/ ٣١٣) - مطالب أولي النهى (٢/ ٥٧٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١) - البحر الرائق (٥/ ٥٩٥) - العقود الدرية (١/ ١٧٣، ١٧٧) - الشامل، الدميري (٢/ ٨١٦) - مواهب الجليل (٧/ ٦٦٤) -البهجة (٢/ ٣٧٠) - نهاية المطلب (٨/ ٣٨١) - خبايا الزوايا، الزركشي ص ٣١٥- نهاية المحتاج (٦/ ٤٨) - المغني (٦/ ٢٦٧) - المبدع (٥/ ١٦٠، ١٧٢) - الإقناع (٢/ ١٤٧).

وعليه فالشخصية الاعتبارية لها وجودها في العقد الطبي، سواءً كانت من قبيل الشخصيات الاعتبارية العامة كوزارة الصحة، والمستشفيات التابعة لها، أو التابعة لبعض الجامعات أو غيرها من المنشآت العامة، أو كانت من قبيل الشخصيات الاعتبارية الخاصة كالشركات، والمؤسسات سواءً كانت صحية أو غير صحية، لأن العقد الطبي قد يتم بين شخص طبيعي وشخص اعتباري، أو بين شخصين اعتباريين، وقد تتبع الشخصية الاعتبارية الشخصيات الصحية العامة أو الخاصة، وقد تتبع غيرها.

المطلب الثالث

الفرق بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية[(١)]، وأثر ذلك على العقد الطبي

يمكن إبراز الفرق بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية من عدد من الوجوه أبرزها ما يلي:

أولاً: الشخصية الطبيعية تنقطع بالموت، بينما الشخصية الاعتبارية تمتاز بالدوام، ولا تزول بزوال الشخص الطبيعي الذي يمثلها، كما أن تبدله لا يغير من وضعها الحقوقي شيئاً.

ثانياً: الشخصية الطبيعية تتعلق بها حقوق الأحوال الشخصية من نسب، ونكاح، وطلاق، بخلاف الشخصية الاعتبارية فلا يثبت لها شيء من ذلك إلا ما كان خارجاً عن الخصائص الإنسانية كالأهلية، والجنسية[(٢)].

ثالثاً: الشخصية الطبيعية لا يتوقف وجودها على اعتبار أو اعتراف تنظيمي، بل تثبت لها الشخصية بمجرد وجودها المادي، أما الشخصية الاعتبارية فتتوقف على إقرار النظام لها.

---

(١) المرد بالفروق هنا: ما له علاقة بما يشتركان فيه من الوظائف والمهام، وليس المراد ما تختص به الشخصية الطبيعية من خصائص وسمات لا يمكن أن يشاركها فيها غيرها، كأمور العبادات التي مبناها على التكليف، وكذلك الأمور المتعلقة بالغرائز كالمأكل والمشرب والملبس ونحوها. ينظر: عقد التوريد، شاهين (١/ ١٦٥).

(٢) الجنسية: رابطة قانونية وسياسية مستمرة، تربط الفرد بالدولة، وتفرض عليه نحوها واجبات معينة، كما تفرض عليها واجب حمايته، ورعاية شؤونه. ينظر: معجم مصطلحات الشريعة والقانون، كرم ص ١٥٠.

رابعاً: أن أهلية الشخصية الطبيعية للقيام بالتصرفات وكسب الحقوق وتحمل الالتزامات غير محدودة، وإنما قد تنقص عن كمالها بعوارض الأهلية، أما الشخصية الاعتبارية فإن أهليتها محدودة بما قرره النظام، واعتماداً على الغرض الذي نشأت من أجله.

خامساً: الشخصية الطبيعية تتطور أهلية حاملها تبعاً لمراحل نموه، فتبدأ بأهلية وجوب ناقصة، وتنتهي إلى أهلية أداء كاملة، أما الشخصية الاعتبارية فإن أهليتها تأخذ نهاية حدودها منذ وجودها، ثم تظل ثابتة لا تتطور.

سادساً: الشخصية الطبيعية تطبق عليها العقوبة البدنية، بخلاف الشخصية الاعتبارية، فلا تطبق عليها.

سابعاً: الشخصية الطبيعية تزول بانتهاء الحياة عن طريق الموت، أما الشخصية الاعتبارية فتزول بزوال شروطها، والعوامل التي أوجدتها عن طريق الانحلال.

ثامناً: ذمة الشخصية الطبيعية ذمة حقيقية أساسها العهد والعقد، بينما ذمة الشخصية الاعتبارية ذمة فرضية، لا ترقى لمستوى ذمة الشخصية الطبيعية، فلا يترتب عليها من الحقوق والواجبات إلا ما يتناسب مع طبيعتها(١).

ويظهر أثر ذلك في العقد الطبي من خلال الأوجه التالية:

الوجه الأول: الأصل في العقد الطبي أن يتم بين شخصين

---

(١) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص ٢٩٣- ٢٩٥ - الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، أحمد علي ص٦٦-٧٠ - الشخصية الاعتبارية، الجريد ص٧٩- ٨٠ - الشخصية الاعتبارية والطبيعية، معلوي ص٦٩.

طبيعيين، ينشأ العقد عنهما، ويصدر منهما الإيجاب والقبول، ولكن قد يتم إجراء العقد بين شخصين اعتباريين، أو أحدهما اعتباري؛ لأن الشخصية الاعتبارية يصح أن تكون طرفاً في العقد تعود إليها منفعة العقد ومصلحته وآثاره، وبالتالي فإن العاقدين في العقد الطبي قد يكونان من الشخصيات الطبيعية، وقد يكونان من الشخصيات الاعتبارية، كما قد يكون أحدهما شخصاً طبيعياً، والآخر شخصاً اعتبارياً.

الوجه الثاني: أهلية الشخص الطبيعي في العقد الطبي متطورة، وغير محدودة، وقد تتعرض لعوارض الأهلية، بينما أهلية الشخص الاعتباري في العقد الطبي لا تتطور، وهي شخصية محدودة، ولا ترد عليها العوارض؛ لأنها لا تعتمد على وجود شخص بذاته.

الوجه الثالث: الاستنابة في العقد الطبي ترد على الشخص الطبيعي والاعتباري، وإن كان ورودها على الشخص الاعتباري أكثر؛ ذلك أنه إذا جرى التعاقد مع شخص طبيعي لم يصح استنابة غيره إلا إذا لم يشترط المريض طبيباً بعينه يقوم بعلاجه، أو لم تقم قرينة تدل على ذلك، بينما قد تتبدل الشخصية الاعتبارية في العقد الطبي، ولا يؤثر ذلك على التعاقد[(١)].

(١) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض ص ٤٥ - عقد المقاولة، عبدالرحمن العايد ص ٧٩ - عقد التوريد، شاهين (١/ ١٥٦).

المبحث الثالث

المعقود عليه في العقد الطبي

المعقود عليه: ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه آثار العقد وأحكامه[(١)].

و يطلق عليه محل العقد؛ إذ لا بد لكل عقد من محل يضاف إليه، وهو لب العقد وغايته، الذي تظهر فيه آثاره وأحكامه، وهو يختلف باختلاف العقود فقد يكون عيناً كما في المبيع، وقد يكون منفعة كمنفعة الدار المستأجرة في عقد الإجارة، ويدخل في المنفعة عمل الإنسان كما هو الحال هنا في العقد الطبي، وقد يكون غير ذلك[(٢)].

والمعقود عليه في العقد الطبي أمران[(٣)]:

الأمر الأول: منفعة الطبيب وعمله الذي يقوم به، مقابل العوض

---

(١) المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٤٠٠) - ضوابط العقد، التركماني ص١٦٥ - محل العقد في الفقه الإسلامي، عطيف ص١٣.

(٢) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٩٤ – المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص٥٢٨ - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، محمد موسى ص ٢٨١ - المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٤٠٠) - ضوابط العقد، التركماني ص١٦٥ - محل العقد، عطيف ص١٣، ص٢٦ -٢٩.

(٣) ذهب بعض الباحثين إلى أن المعقود عليه هو ما تناوله العقد من عين أو منفعة ونحوها، وأن العوض لا يدخل في المعقود عليه، وإنما هو في مقابلة المعقود عليه، والاعتداد في العقد إنما يكون بالأداء الرئيس في العقد لا المقابل. والذي أراه أن العوض داخل في المعقود عليه في العقد الطبي ؛ لأن العقد الطبي لا يخرج عن كونه عقد إجارة أو جعالة أو بيع، والعوض في كل هذه العقود أحد الأركان. ينظر: الشرح الكبير (٤/ ٢) - مغني المحتاج (٣/ ٤٣٩) - كشاف القناع (٣/ ٥٤٧)- عقد المقاولة، العايد ص٨٢ - أحكام عقد الاستشارة، المحيسن ص٣٧١.

الذي يدفعه المريض له، وهذا هو الأصل في العقد الطبي؛ لأن العقد الطبي عقد إجارة، من قبيل إجارة الأشخاص كما سيأتي في تكييفه، لكنه قد يخرج في بعض الصور إلى الجعالة، والجعالة يكون العقد فيها على المنفعة، وقد يخرج في بعض الصور إلى البيع فيكون العقد فيها على العين، غير أنها صور قليلة.

الأمر الثاني: العوض الذي يدفعه المريض للطبيب، مقابل العين أو المنفعة التي قدمها له.

ولما كانت منفعة الطبيب هي غالباً محل التعاقد في العقد الطبي فسأذكر هنا المراد بهذه المنفعة، وحالاتها.

منفعة الطبيب يراد بها العمل الطبي الذي يقوم به، وهذا العمل الطبي له مراحل، قد يجري التعاقد بين الطبيب والمريض عليها كلها، أو على بعضها، وفيما يلي عرض يسير لمعنى العمل الطبي ومراحله.

العمل الطبي: عرف العمل الطبي بعدد من التعريفات أبرزها ما يلي:

التعريف الأول: كل فعل يرد على جسم الإنسان أو نفسه، متفق في طبيعته مع الأصول والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، يقوم به طبيب مصرح له، بقصد الكشف عن المرض، وتشخيصه وعلاجه؛ لتحقيق الشفاء، أو تخفيف آلام المرضى والحد منها[1].

التعريف الثاني: " هو العمل وفق العلم المختص بأحوال بدن الإنسان ونفسه، لحفظ حاصل الصحة واسترداد زائلها "[2]. والتعريف

---

(١) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، قايد ص ٥٩ - مسؤولية الطبيب والجراح، سوبلم ص ٢٨.

(٢) التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص٤٤.

الثاني أجمع وأخصر، ويؤدي الغرض المقصود في بيان العمل الطبي.

مراحل العمل الطبي: يمر العمل الطبي بعدد من المراحل، أبرزها المراحل التالية:

المرحلة الأولى: مرحلة الفحص:

ويقصد به: الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض؛ لمعرفة علته، والوصول إلى تشخيص مرضه[(١)].

والفحص الطبي بداية يشمل ملاحظة العلامات والدلائل المرضية، التي تشير إلى ماهية المرض، وطبيعته، وتاريخه، ودرجة خطورته، كما يشمل سؤال المريض عن الأعراض التي يشعر بها، واستعمال الأدوات الطبية المساعدة كالسماعة الطبية، وأجهزة قياس الحرارة، وكذلك الفحوص المخبرية، ونحوها[(٢)].

وهذه المرحلة يدخل فيها: الفحص الابتدائي، والفحص السريري، والفحص التكميلي[(٣)].

والفحص الطبي أهم مراحل العمل الطبي؛ لأنه الأساس الذي تقوم عليه عملية التشخيص والعلاج[(٤)]؛ فـ" أكثر ما يؤتى الطبيب من عدم فهمه حقيقة المرض، واستعجاله في ذكر ما يصفه"[(٥)].

---

(١) ينظر: الموسوعة الطبية الفقهية، أحمد كنعان ص ٧٦٣.

(٢) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، قايد ص٦٥ - أحكام الجراحة الطبية، ص ١٤٢ - التداوي والمسؤولية الطبية، ص٥٣ - الموسوعة الطبية الفقهية، كنعان ص٧٦٣ - معجم مصلحات الفقه الطبي، أوهاب ص٢٦٢.

(٣) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص٥٧.

(٤) ينظر: المصدر السابق ص٥٥.

(٥) معيد النعم ومبيد النقم، السبكي ص١٠٣.

المرحلة الثانية: مرحلة التشخيص:

ويقصد به: التحقق من وجود مرض معين، وتحديد نوعه ومركزه بين الأمراض، عن طريق استخلاص النتائج التي توصل لها من خلال الفحص(١).

ويقوم التشخيص على أمرين هامين:

الأمر الأول: اتباع الطبيب للأصول العلمية المتعارف عليها في علم الطب، والتي توجب عليه إجراء التشخيص بعناية واهتمام.

الأمر الثاني: تركيز الطبيب على ثلاث مهام هي: الملاحظة الشخصية، واستخدام الأجهزة العلمية الحديثة، والمشاورة الطبية؛ لأن ذلك مما يعين الطبيب في القيام بدراسة عميقة لما حصل عليه من تقارير ومعلومات عن حال المريض، ويجعل التشخيص صحيحاً، وينفي عنه الشكوك والاحتمالات(٢).

المرحلة الثالثة: مرحلة العلاج:

ويقصد به: كل إجراءٍ، أياً كان، يؤدي إلى شفاء المريض، أو تخفيف حالته المرضية(٣).

فالعلاج هو المرحلة التالية بعد التشخيص، ويشمل كل عمل يقوم به الطبيب من أجل شفاء مريضه، أو التخفيف عنه، أو تحسين صحته وهيئته، سواءً كان قولاً كوصف الدواء، وطريقة استعماله، أو فعلاً

---

(١) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قائد ص٦٦.

(٢) ينظر: المسؤولية الجنائية، قايد ص٦٨- التداوي والمسؤولية الطبية ص٦٧- مسؤولية الطبيب والجراح، سويلم ص٣١.

(٣) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قايد، ص٧٣.

كإجراء الجراحات الطبية، أو كان تركاً كترك المريض على حالة معينة مدة من الزمن، أو منع الطعام والشراب عنه لمدة معينة، ويدخل في ذلك سائر أنواع العلاج، جراحية كانت أو غير جراحية[(١)].

ومرحلة العلاج وإن كانت منفصلة ومستقلة عن المرحلتين السابقتين، إلا أنها تتداخل مع مرحلة التشخيص في بعض الأحيان؛ بسبب تتبع حالة المريض، وما قد يطرأ عليها من تحسن أو تردي، مما يقتضي النظر في مدى الاستمرار في العلاج، أو تغييره وإيقافه[(٢)(٣)].

والعوض يرد هنا كأحد أركان العقد الطبي، ويرد في الآثار المترتبة على العقد الطبي، ويرد في الالتزامات التي يلتزم بها المريض تجاه طبيبه، وسأذكر ما يتصل به من أحكام عند وروده ضمن الآثار.

وقد يتضمن العقد الطبي استئجار سرير التنويم، والقيام بالعناية الطبية، وبيع الأدوية، ونحوها، فتكون حينئذٍ كلها محلاً للعقد.

---

(١) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قايد ص٧٢ - التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص٧٦ - المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، شديفات ص٨٢- مسؤولية الطبيب والجراح، سويلم ص٣٢.

(٢) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قايد ص٧٢ - التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص٧٧ - المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، شديفات ص٨٢.

(٣) أضاف بعض الباحثين مراحل أخرى للعمل الطبي كمرحلة التذكرة الطبية، ومرحلة الرقابة العلاجية، ومرحلة الوقاية، غير أنني أرى أن هذه المراحل داخلة في مرحلة العلاج، لذا اقتصرت على المراحل الثلاث السابقة. ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قايد ص ٦٤ - المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، شديفات ص٨٤ -٨٥

وقد "تسقط الشريعة التكليف عمن لم تكمل فيه أداة العلم والقدرة تخفيفاً عنه، وضبطاً لمناط التكليف وإن كان تكليفه ممكناً".

مجموع الفتاوى، ابن تيمية (١٠/٣٤٥).

الفصل الثالث

شروط العقد الطبي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الشروط[1] العامة في العقد الطبي.

المبحث الثاني: الشروط الخاصة في العقد الطبي.

---

(١) الشرط في اللغة: العلامة، وفي الاصطلاح: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، أو: ما يتوقف عليه وجود الشي، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده. ينظر: مقاييس اللغة (٣/ ٢٠١) - المحكم (٨/ ١٣) - لسان العرب (٧/ ٣٢٩) - كشف الأسرار (٤/ ٢٧٤) - شرح التلويح (١/ ٢٧٤) - التعريفات ص١٦٦ - قواعد الفقه، البركتي ص٣٣٦ - الفروق (١/ ١٠٥) - الإبهاج (١/ ٢٠٥) - الحدود الأنيقة ص٧١ - الكوكب المنير (١/ ١٧٩).

المبحث الأول

الشروط العامة في العقد الطبي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شروط الصيغة في العقد الطبي.

المطلب الثاني: شروط العاقدين في العقد الطبي.

المطلب الثالث: شروط المعقود عليه في العقد الطبي.

المطلب الأول

شروط الصيغة في العقد الطبي

ذكر الفقهاء شروطاً للصيغة ترد في العقد الطبي وفي غيره، وأبرز هذه الشروط ما يلي:

الشرط الأول: وضوح دلالة الصيغة على مراد المتعاقدين:

الصيغة هي الوسيلة الدالة على حصول الرضا الباطن للمتعاقدين؛ لذا لا بد من وضوحها، ويتحقق ذلك بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود، ويستوي في ذلك الدلالة الحقيقية والمجازية، والعقود تختلف عن بعضها في موضوعها وأحكامها، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصدا عقداً بعينه فإنه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة[(١)].

ووضوح الصيغة أن تكون مفهمة، يعلم بواسطتها كل واحد من المتعاقدين مراد الآخر، فإن الصيغة إذا لم تكن مفهمة لم يتحقق بها المراد، وذلك مثل أن تختلف اللغة، فلا يفهم أحد العاقدين الآخر، أو لا يسمع أحدهما الآخر، أو تكون الكتابة غير واضحة، أو تشتمل على خطأ يخل بالمقصود، ونحوه[(٢)].

---

(١) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص٥٤٣ - المدخل في الفقه الإسلامي، شلبي ص٤٢١ - نظرية العقد، عبدالعظيم شرف الدين ص٢٦ - ضوابط العقد، التركماني ص٤٢.

(٢) ينظر: المدخل في الفقه الإسلامي، شلبي ص٤٢٠ - الوساطة التجارية في المعاملات المالية، الأطرم ص١٣٨.

وإذ قد تقرر سابقاً أن الشرع لم يرد فيه ما يدل على اشتراط شكل معين لإنشاء العقود، وأن الأمر في ذلك معلق على وجود الرضا من الطرفين، فإن كل ما دل على مراد العاقدين صلح لإنشاء العقد متى كانت الصيغة فيه واضحة مفهمة بينة، وبناءً على ذلك فإن العقد الطبي ينشأ بين المتعاقدين متى كانت الصيغة فيه واضحة للمتعاقدين، مفهمة لهما، دالة على المراد.

الشرط الثاني: توافق الإيجاب والقبول.

وهذا الشرط قد نص عليه جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة[١].

والمراد: وقوع الإيجاب والقبول على محل واحد، بأن يتطابقا في محل العقد، ومقدار العوض، وغيره، فيتحد موضوعهما، وتتوافق الإرادتين، وتتلاقى الرغبتين[٢].

ولما كان العقد مكوناً من مجموع الإيجاب والقبول كان لا بد أن يصدر القبول موافقاً للإيجاب في جميع جزئياته مطابقاً له؛ لأنه متى خالف القبول الإيجاب ترتب عليه التزام الموجب بغير ما التزمه، فلا يتحقق التراضي، وإذا لم يتحقق التراضي فإن العقد لا يتم[٣].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢) - البحر الرائق (٥/ ٢٧٩) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٥) - درر الحكام شرح المجلة (١/ ١٢٦) - البيان (١٠/ ٥٠) - فتح العزيز (٨/ ١٠٥) - المجموع (٩/ ١٦٩) - نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٣) - الإقناع، الحجاوي (٢/ ٥٦) - شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ٦) - كشف المخدرات (١/ ٣٦٠).

(٢) ينظر: ضوابط العقد، التركماني ص٤٦ - عقد التوريد (١/ ١٨٨).

(٣) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٢٠٣ - نظرية العقد، عبدالعظيم شرف الدين ص١٧.

وموافقة القبول للإيجاب قد تكون موافقة حقيقية صريحة كأن يقول البائع: بعتك هذا المنزل بألف ريال، فيقول المشتري: قبلت شراء هذا المنزل بألف، وقد تكون موافقة ضمنية، وذلك إذا خالف القبول الإيجاب مخالفة فيها مصلحة للموجب كأن قال البائع: بعتك هذا المنزل بألف، فقال المشتري: قبلت شراء هذا المنزل بألف ومئة، فهذه الموافقة الضمنية تعطى حكم الموافقة الحقيقية؛ لأنه وإن كان ظاهرها المخالفة فإن حقيقتها الموافقة(١).

ومتى خالف القبول الإيجاب لم يتم العقد؛ لعدم تحقق رضا الموجب، ومن صور مخالفة القبول الإيجاب: أن يرد الإيجاب على شيء والقبول على شيء آخر، أو يرد الإيجاب مقيداً بوصف، والقبول بوصف آخر، أو يرد الإيجاب بثمن ويرد القبول بثمن أقل، أو يرد الإيجاب على الشيء كله ويرد القبول على بعضه(٢).

وتحقق توافق القبول والإيجاب في العقد الطبي، بأن يريد كل من المريض والطبيب عقد التطبيب، لا عقداً آخر، فإن قصد المريض شيئاً وقصد الطبيب شيئاً آخر لم يتحقق التوافق، كما لو أراد المريض العلاج، بينما أراد الطبيب أن يبيع المريض له منزلاً ليجعله عيادة طبية(٣).

---

(١) ينظر: شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٢) - المجموع (٩/ ١٧٠) - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٠٣ - المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص٥٢٥ - المدخل في الفقه، شلبي ص٤٢١ - تاريخ الفقه، أبو العينين ص٣٦٩ - نظرية العقد، شرف الدين ص١٦ - ضوابط العقد، التركماني ص٤٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٦) - البحر الرائق (٥/ ٢٧٩) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٥) - الفتاوى الهندية (٣/ ٢) - المجموع (٩/ ١٧٠) - تحفة المحتاج (٥/ ٣٩) - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٠٣ - المدخل للفقه، مدكور ص٥٢٥ - المدخل في الفقه، شلبي ص٤٢١ - ضوابط العقد، التركماني ص٤٧.

(٣) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص٨٦.

الشرط الثالث: اتصال القبول بالإيجاب.

وهذا الشرط يكاد أن يكون متفقاً عليه بين الفقهاء[(١)].

ومعنى اتصال القبول بالإيجاب: أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فيصدر القبول متصلاً بالإيجاب حقيقة أو حكماً، دون أن يفصل بينهما ما يدل على إعراض أحد العاقدين[(٢)].

واشتراط اتصال القبول بالإيجاب يحقق مصلحة طرفي العقد، ويدفع الضرر عنهما، فالموجب يعلم رأي الطرف الآخر فلا يبقى معلقاً، والقابل يبادر بالقبول أو يرفضه ويبحث له عن صفقة أخرى، وهذا يحقق الرضا بين المتعاقدين، ويبعدهما عن الاحتمالات[(٣)].

واتصال القبول بالإيجاب قد يكون اتصالاً حقيقياً إذا كان طرفا العقد حاضرين، فيعلم كل من الطرفين ما يصدر من الآخر ويسمعه ويفهمه ويرضى به، وقد يكون اتصالاً حكمياً عندما يكون المتعاقدان متباعدين عن بعضهما، لكنهما مشتغلان بالتعاقد، مقبلان عليه، ويتحقق اتصال مجلس العقد في هذه الصورة عند بلوغ الإيجاب للطرف الآخر[(٤)].

وتغير المجلس قد يكون تغيراً حقيقياً بانتقال أحد المتعاقدين من المكان الذي صدر فيه الإيجاب إلى مكان آخر، وقد يكون حكمياً بأن

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٧) - تبيين الحقائق (٤/ ٤) -شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٤) - الشامل في فقه مالك (٢/ ٥١٧) - مواهب الجليل(٤/ ٢٤٠) - حاشية الدسوقي (٤/ ٥) - المجموع (٩/ ١٦٩) -كفاية النبيه (٨/ ٣٨٠) - نهاية المحتاج (٣/ ٣٨١) - الشرح الكبير (٤/ ٤) - الإنصاف (٤/ ٢٦٣) - كشاف القناع (٣/ ١٤٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٧) - أحكام العقود، الدهمي، ص١٧ - ضوابط العقد، التركماني ص٤٨.

(٣) ينظر: أحكام العقود، الدهمي ص١٧ - صيغ العقود، الغليقة ص ٤٠٧.

(٤) ينظر: المدخل في الفقه الإسلامي، شلبي ص٤٢٣.

يصدر من أحد المتعاقدين ما يدل على الإعراض عن التعاقد[(١)].

ويتحقق اتصال القبول بالإيجاب بأمور أهمها: اتحاد مجلس العقد، وعلم كل واحد من المتعاقدين بما صدر عن صاحبه، وعدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر، وعدم صدور ما يدل على الإعراض من أحد المتعاقدين[(٢)].

ولما كان العقد الطبي لا يخرج في تكييفه عن البيع، أو الإجارة، أو الجعالة، فإن اتصال القبول بالإيجاب شرط فيه متى كان في صورة البيع، أو الإجارة، ولا يشترط فيه ذلك إذا كان في صورة الجعالة؛ لأن الجعالة ليس من شرط صحة الصيغة فيها قبول العامل؛ لما فيه من التضييق في محل الحاجة، كما لا يشترط في الجعالة حضور العامل وقت إيجاب الجاعل وإعلانه، وهذا مقتضى كلام الفقهاء في هذا الباب[(٣)].

---

(١) ينظر: المدخل في الفقه الإسلامي، شلبي ص٤٢٣.

(٢) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٠٤ - ضوابط العقد، التركماني ص٤٩

(٣) ينظر: عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٥) - الذخيرة (٦/ ٦) - التاج والإكليل (٧/ ٥٩٥) - حاشية الدسوقي (٤/ ٦١) - نهاية المطلب (٨/ ٥٠٠) - تحفة المحتاج (٦/ ٣٦٨) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٠) - المغني (٦/ ٩٥) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٥) - صيغ العقود ص٤٢٤.

المطلب الثاني

شروط العاقدين في العقد الطبي

ذكر الفقهاء شروطاً للعاقدين ترد في العقد الطبي وفي غيره، وأبرزها ما يلي:

الشرط الأول: أهلية المتعاقدين:

تقدم أن الأهلية: عبارة عن الصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة للإنسان، وعليه.

وأنها قسمان: أهلية وجوب، وأهلية أداء[(١)].

وأهلية الأداء هي المرادة هنا؛ لأنها هي التي تتوقف عليها العقود وسائر التصرفات، وبتحققها يصلح الشخص للالتزام والمطالبة[(٢)]، وهي تثبت للشخصية الطبيعية، وكذلك الاعتبارية، ويمثلها الأشخاص الحقيقيون، الذين يبرمون تصرفاتهم وعقودهم نيابة عن الشخص الاعتباري ومراعاة لمصلحته[(٣)].

وهذا الشرط قد نص عليه الفقهاء واعتبروه في العقود[(٤)]، ومما يدل على أهميته واعتباره ما يلي:

---

(١) ينظر ص١٣٨ - ١٣٩ من هذا البحث.

(٢) ينظر: صيغ العقود، الغليقة ص٢٦٣.

(٣) ينظر: نظرية الشخصية الاعتبارية، الخولي ص٣٨ - مسؤولية الشخصية الاعتبارية، الدباسي ص ٤٢.

(٤) ينظر: ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٦)(٥/ ١٣٥)- البحر الرائق (٥/ ٢٧٨)- التلقين (٢/ ١٤٢) - الذخيرة (٥/ ٣٧٢) - مواهب الجليل (٤/ ٢٤٢)- المهذب (٢/ ١٥٦) - البيان (٧/ ٢٩٥) - =

أولاً: عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)[(١)].

وجه الدلالة: في الحديث دليل على أن هؤلاء الثلاثة لا تكتب عليهم الآثام، ولا يتعلق بهم تكليف ما داموا متصفين بتلك الأوصاف[(٢)]، وتبعاً لذلك لا تتوجه إليهم أهلية الأداء.

ثانياً: أن أهلية الأداء تجمع بين فهم الخطاب، وقدرة البدن على العمل، ومتى وجد قصور في العقل أو في البدن أو في أحدهما كانت أهلية الأداء قاصرة[(٣)]. والمراد بأهلية المتعاقدين في العقد الطبي: أن يكون الطبيب والمريض صالحين لصدور الفعل عنهما، حتى يعتد

= المجموع (١٥/ ٧) - الكافي (٢/ ١٢٩) (٢/ ٣٢٢) - المبدع (٤/ ٢٣٥، ٣٥٥، ٤٠٧) - الإقناع (٢/ ٥٨) (٢/ ٢٨٣)

(١) الحديث أخرجه أحمد برقم (١٣٢٧)، وأبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً برقم (٤٣٩٨)، والترمذي في سننه، كتاب الحدود، باب من لا يجب عليه الحد برقم (١٤٢٣)، والنسائي في الصغرى كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج برقم (٣٤٣٢)، وابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم برقم (٢٠٤١) واللفظ للنسائي وابن ماجة، وصححه النووي، وابن الملقن، والألباني. ينظر: مسند أحمد (٢/ ١٤٨) - سنن أبي داود (٦/ ٤٥٢) - سنن الترمذي (٣/ ٨٤) - سنن النسائي (٦/ ١٥٦) - سنن ابن ماجة (٣/ ١٩٨) - خلاصة الأحكام، النووي (١/ ٢٥٠) - إرواء الغليل (٢/ ٤).

(٢) ينظر: سبل السلام (٣/ ١٨١) - نيل الأوطار (١/ ٣٧٠) - حاشية السندي على سنن النسائي (٦/ ١٥٦).

(٣) ينظر: كنز الوصول ص٣٢٦ - كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٥٠) - فصول البدائع (١/ ٣١٣) - التقرير والتحبير (٢/ ٢٢٥) - المدخل الفقهي العام (٢/ ٧٨٧) - عوارض الأهلية عند الأصوليين ص ١١٥ - ١١٦.

بقولهما، ويصح العقد منهما، وتعتبر تصرفاتهما نافذة شرعاً[١].

ولا يتحقق ذلك إلا ممن كان عاقلاً، بالغاً؛ لأن العقد الطبي عقد معاوضة، وعقود المعاوضات لا تصح إلا من العاقل البالغ، ولأن من شروط العقد الطبي الرضا بالعلاج، والعاقدان إذا لم يكونا بالغين عاقلين لم يعتد برضاهما[٢]، واشتراط الأهلية معتبر في عقد البيع والإجارة وكذلك الجاعل في عقد الجعالة.

والأهلية تتأثر بالعوارض[٣] التي تعرض لها، سواءً كانت عوارض سماوية أو مكتسبة، وتأثيرها في الأهلية قد يكون بإعدامها، أو النقص منها؛ ذلك أن تصرفات الإنسان التي فيها إنشاء حق أو التزام لا تصح إلا إذا كانت مرادة ومقصودة، وهذه العوارض قد لا يكون معها تفهم وتعقل، أو قد يكون لكنه غير مكتمل، مما يؤثر على القصد السليم، والإرادة الصحيحة المعتبرة[٤].

وبالنظر في تلك العوارض يمكن تقسيمها إلى قسمين:

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤١٣ - العقد الطبي، قيس المبارك ص١٧٤.

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤١٤ - عقد العلاج الطبي في الفقه والنظام، الزامل ص٥٠.

(٣) العوارض: الحالات التي تطرأ على المكلف، فتؤثر على نوعي الأهلية، بإزالة أو تغيير في الأحكام المنوطة بها، وسميت عوارض؛ لمنعها الأحكام التي تتعلق بالأهلية التامة من الثبوت، وإبطالها، أو جعلها موقوفة على الإجازة. والعوارض قسمان: سماوية كالجنون، والعته، والنوم، والإغماء ونحوها، ومكتسبة كالجهل، والسكر، والهزل، والسفه، والإكراه. ينظر: شرح التلويح (٢/ ٣٤٨)- التقرير والتحبير (٢/ ٢٣٠) - تيسير التحرير (٢/ ٢٧٣) - الالتزامات، أحمد بك ص١٣٢ - عوارض الأهلية، الجبوري ص ١٢٤- ١٢٥ - عوارض الأهلية،آل علي (١/ ٣٦٠).

(٤) ينظر: عوارض الأهلية المؤثرة في المسؤولية الجنائية، صالح آل علي (١/ ٥) - العقد الطبي، قيس المبارك ص١٧٤.

القسم الأول: ما تؤثر في أهلية الأداء، فتجعلها معدومة، لا يصح معها العقد الطبي ولا ينعقد، ومنها:

أولاً: الجنون: وهو اختلال العقل، بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً[(١)]، فالمريض المجنون جنوناً مطبقاً[(٢)] لا يصح عقده، ولا إذنه للطبيب بعلاجه والكشف عليه؛ لأن العاقد لا بد فيه من عقل سليم، وقصد صحيح، وهذا غير متحقق في المجنون، فهو لا يدرك مصلحته، ولا يتبين للآخرين قصده، ويكون إذنه مناطاً بوليه أو وصيه[(٣)]، ومثله لو كان الطبيب مجنوناً جنوناً مطبقاً، أما من كان جنونه غير مطبق، وكان لإفاقته وقت معلوم فما قاله حال إفاقته فهو معتبر[(٤)]، ولا يصح الافتيات عليه[(٥)]،وبناءً عليه فيكون عقده الطبي وإذنه معتبراً حال إفاقته دون حال جنونه[(٦)].

ثانياً: النوم: فالمريض النائم لا يؤاخذ بأقواله، ولا يعتد بها، ولا تعتبر إذناً للطبيب في العلاج[(٧)]؛ لأن الإنسان حال النوم فاقد لعقله، غير

---

(١) التعريفات ص١٠٧. وقيل: اختلال في العقل، وعجز عن التحكم في السلوك، وحيد عن الطريق السوي، والتقاليد المرعية. دليل الأمراض النفسية والبدنية ص٦٩.

(٢) الجنون المطبق: اختلال العقل المستوعب الملازم الممتد. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٥٩٧) - حاشية ابن عابدين (٢/ ١٠٨).

(٣) ينظر: قرار هيئة كبار العلماء رقم (١١٩) وتاريخ ٢٦/ ٥/ ١٤٠٤ه الدورة (٢٣) - أحكام الجراحة الطبية ص١٦٥ - التداوي، المبارك ص ٢١٠ - العقد الطبي، المبارك ص١٨٣ - أحكام الإذن الطبي،خرخاش ص٩٩.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٥) - الاختيار (٤/ ٤٩) - المدونة (٤/ ٦٣٠) - التاج والإكليل (٨/ ٢٨٩) - الأم (٤/ ١٨٥) - النجم الوهاج (١٠/ ٥١٤) - المبدع (٥/ ٢٣٠) - كشاف القناع (٦/ ٤٥٤)

(٥) ينظر: المهذب، الشيرازي (٢/ ٤٣٥).

(٦) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص١٦٥ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص١٠٠.

(٧) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص١٩٠.

معتد بلفظه، ولذلك أوجب الفقهاء مؤاخذة من جرح نائماً ثم تركه يسيل دمه حتى مات[١]، وكذلك الطبيب لا يصح التعاقد معه حال نومه.

ويلحق بالنائم كل من فقد عقله فقداً مؤقتاً أو دائماً، سواءً كان ذلك الفقد بإغماء[٢]، أو تخدير[٣]، أو سكر، ونحوه.

ثالثاً: الصغير غير المميز[٤]، فالمريض إذا كان صغيراً غير مميز فلا

---

(١) ينظر: معين الحكام، الطرابلسي ص٢٠٤ - لسان الحكام ص٢٩٢- مجمع الأنهر (٢/ ٣٩٣).

(٢) الإغماء: فتور يزيل القوى، ويفقد الحس والحركة لعارض. ينظر: التعريفات ص٤٨- القاموس الفقهي ص٢٧٧.
فالمريض البالغ العاقل إذا أغمي عليه لا يصح التعاقد معه حال إغمائه؛ لأن أقواله غير معتبرة، لعدم فهم الخطاب والقيام بما هو مطلوب منه على الوجه المقرر شرعاً، فإن كانت حالته خطرة وتستدعي التدخل السريع جاز أخذ الإذن من وليه ؛ لأنه مظنة الشفقة عليه، فإذا لم يمكن الوصول إلى الولي لبعده، أو ضرورة التدخل جاز مباشرة العلاج من غير إذن. ينظر: كشف الأسرار (٤/ ٣٩٠) - التقرير والتحبير (٢/ ٢٣٩) - قواطع الأدلة (٢/ ٣٨٩) - عوارض الأهلية، الجبوري ص٢٤٨ - قرار المجمع الفقهي الدولي رقم (٦٧) (٧/ ٥) العام (١٤١٢هـ) والقرار رقم (١٧٢) (١٨/ ١٠) العام (١٤٢٨هـ) - العقد الطبي، قيس ص١٩١ - أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٤٤.

(٣) التخدير: ما غيب العقل دون الحواس لا مع نشوة وطرب بإدخال المخدر للجسم. وهو في الطب: وسيلة طبية لتعطيل حس الألم بصورة مؤقتة، ويطلق عليه عدد من الفقهاء مصطلح البنج، والمراد به هنا: التخدير الذي يكون على سبيل التداوي، وليس المراد من شرب المخدر اختياراً. ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٠٠) - كشف الأسرار (٤/ ٤٨٨) - الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ١٠٨) - منح الجليل (١/ ٤٧) - الشرح الكبير (١/ ٥٠) - المنخول، الغزالي ص١٣٣ - كفاية النبيه (٢/ ٣٠١) - المغني (٧/ ٣٧٨) - المبدع (٦/ ٢٩٦)- معجم لغة الفقهاء ص ١٠٤ - الموسوعة الطبية الفقهية، كنعان ص١٥٥ - معجم مصطلحات الفقه الطبي ص١١٨.

(٤) التمييز: السن الذي يستطيع فيه الطفل أن يفرق بين النافع والضار. وحده بعض الفقهاء بست سنين، وبعضهم بسبع، وبعضهم بعشر. ولم يحده بعضهم بالسن بل بالوصف فقالوا: هو الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب ولا ينضبط بسن بل يختلف باختلاف الأفهام. ينظر: مواهب الجليل (٢/ ٤٨٢) - شرح الخرشي (٢/ ٢٦٧) - المجموع (٧/ ٢٨) - تحرير ألفاظ التنبيه ص١٣٤ - الإنصاف (١/ ٣٩٦) -كشاف القناع (١/ ٢٢٥).

يصح عقده ولا إذنه بالعلاج؛ لانعدام أهلية الأداء عنده، ولضعف عقله الذي به يفهم الخطاب، وبدنه الذي ينفذ به التكاليف[١].

وهناك عوارض أخرى كالإكراه، ولكن لصلته بشرط الرضا فسيكون الحديث عنه هناك[٢].

القسم الثاني: عوارض تؤثر في الأهلية، فتجعلها ناقصة، وهذه العوارض مختلف في تأثيرها في العقود ومنها العقد الطبي، وأهم هذه العوارض ما يلي:

أولاً: الصغر في حق المميز، اختلف الفقهاء في تصرفات الصبي المميز وعقوده[٣]، وبناءً على ذلك جرى الخلاف بين الفقهاء المعاصرين في حكم العقد الطبي من الصبي المميز، وخلافهم عل قولين:

---

(١) ينظر: كشف الأسرار (٤/ ٣٤٦) - قواطع الأدلة (٢/ ٣٧٣) - المنثور في القواعد (٢/ ٢٩٥) - شرح مختصر الروضة (١/ ١٨٠) - العقد الطبي، المبارك ص١٧٦ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٩٨- ٩٩.

(٢) وذكر بعض الفقهاء المعاصرين الهزل كذلك. ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٩٦.

(٣) المقصود بتصرفات الصبي المميز وعقود: كل ما يجريه من تصرفات، وعقود كعقود المعاوضات والتبرعات، وكنكاحه وطلاقه وغيرها. ومسألة تصرفات الصبي المميز وعقوده ينتظم الكلام فيها فيما يلي:

تحرير محل النزاع:

أ - حكي الإجماع على بطلان تصرف الصبي المميز ببيع أو شراء ونحوه إذا كان بدون إذن وليه، وليس لضرورة. ينظر: مراتب الإجماع ص ١٥١ - الإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان (٤/ ١٧١٦).

ب - حكي الإجماع على صحة تصرفات الصبي المميز في الشيء اليسير. ينظر: المنثور في القواعد (٢/ ٢٩٦) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٢٢٣.

ج - تصرفات الصبي المميز تقسم في غير حقوق الله إلى ثلاثة أقسام: تصرفات نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة، والهدية ونحوها، فهذه تجوز ولو بدون إذن الولي ؛ لأنها نفع محض، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً كقيامه بالتبرع والقرض والصدقة فهذه لا تجوز ولا تصح ولو أذن له الولي، لأن في ذلك إضاعة لماله، وعدم تحقق الغبطة في حقه، =

= وتصرفات مترددة بين النفع والضرر كعقود المعاوضات فهذه مختلف فيها، واعتبر بعضهم تحقق النفع والضرر فيها، فما تحقق نفعه صح وجاز، وما لا فلا، ومنع ذلك الشافعية والحنابلة في رواية فلم يصححوا تصرف الصبي المميز مطلقاً. ينظر: أصول البزدوي ص٣٢٧ - بدائع الصنائع (٧/ ١٧١) - كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٥٧) - تبيين الحقائق (٦/ ٣٤) - المقدمات الممهدات (٢/ ٣٤٦) - المجموع (٩/ ١٥٨) - الإنصاف (٤/ ٢٦٧).

د - حيث إن العقد الطبي عقد إجارة في حقيقته قد يخرج عن ذلك إلى عقد البيع أو الجعالة في بعض الصور لذلك فإن الخلاف يجري في حكم بيع الصبي المميز وإجارته وجعالته، والمسألة على النحو التالي:

أ - حكم بيع الصبي المميز وإجارته وجعالته إذا كان مأذوناً له من قبل وليه، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، والحنابلة إلى صحة بيع الصبي المميز وإجارته وجعالته إذا كان بإذن وليه، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى﴾ ومعنى ابتلائهم اختبارهم حتى يعلم رشدهم، ولا يتحقق ذلك إلا بتفويض التصرف بالبيع والشراء إليهم، ولأن الصبي المميز عاقل فيصح تصرفه بإذن وليه، ولعمل الناس به.

القول الثاني: ذهب الشافعية ورواية عند الحنابلة، والظاهرية إلى عدم صحة بيع الصبي المميز وإجارته مطلقاً، مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ﴾ والآية عامة في كل سفيه صبياً أم كبيراً، ولحديث (رفع القلم عن ثلاثة) منهم الصغير حتى يبلغ، فالحديث نفى التزامه بأي شيء، والقول بصحة تصرفاته ينافي ذلك، ولأن العقل خفي وليس له حد يعرف به فضبط بالبلوغ ؛ لأنه مظنته، فلا يثبت قبله.

ب - حكم بيع الصبي المميز وإجارته وجعالته إذا كان بغير إذن وليه، ولكن لحقته الإجازة، وذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، والمالكية، ورواية عند الحنابلة إلى صحة بيع الصبي المميز وإجارته وجعالته إذا لم يأذن له وليه لكن لحقته الإجازة، ودليلهم القياس على تصرف الفضولي، وعملاً بقاعدة الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى عدم صحة ذلك، مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ﴾ والآية عامة في كل سفيه صبياً أم كبيراً ذكراً أم أنثى، ولحديث (رفع القلم عن ثلاثة) منهم الصغير حتى يبلغ، فالحديث نفى التزامه بأي شيء، والقول بصحة تصرفاته ينافي ذلك، ولأن العقل خفي وليس له حد يعرف به فضبط بالبلوغ ؛ لأنه مظنته، فلا يثبت قبله. ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٦) (٥/ ١٣٥) - البحر الرائق (٥/ ٢٧٩) - حاشية ابن عابدين(٤/ ٥٠٥) - مواهب الجليل (٥/ ٦١) - =

القول الأول: ذهب بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين إلى أن العقد الطبي إذا صدر من الصبي المميز إن كان فيه ضرر محض عليه كتبرعه بالدم لم يصح ولم ينعقد، وإن كان فيه نفع محض كالتبرع له بالدم، وإجراء الكشف الصحي عليه في الأمور اليسيرة على وجه التبرع من الطبيب بغير عوض صح إذنه وقبوله بذلك؛ لأنه لا ضرر عليه، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كعقد الصغير المميز مع الطبيب على مداواته، أو إجراء عملية جراحية له، أو فحصه فحصاً دقيقاً فتصح إن كانت بإذن من الولي أو الوصي، أما إن قام التعاقد من غير إذن الولي أو الوصي فإن صحة العقد موقوفة على الإجازة(١).

واستدلوا على ذلك: بأن مبنى الولاية النظر للصغير ورعاية مصلحته، وليس من النظر في شيء مباشرة التصرفات الضارة به أو إجازتها، بينما التصرفات النافعة لا ضرر فيها فلا مانع من صحتها وقبولها، والمترددة بين النفع والضرر توقف على الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة إعمالاً لقاعدة: "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"(٢)(٣).

ويمكن أن يناقش: بأننا وإن سلمنا بصحة تصرف الصبي المميز في

= شرح الخرشي على خليل (٥/ ٢٩٢) - الشرح الكبير، الدردير (٣/ ٢٩٤)- نهاية المطلب (٦/ ٤٤٥)- المجموع (٩/ ١٥٨) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٤٥) - المغني (٤/ ١٨٥) - المبدع (٤/ ٨) - الإنصاف (٤/ ٢٦٧).

(١) ينظر: العقد الطبي ص ١٧٩ - إذن الطفل بالعلاج، المبارك، بحث منشور على الموقع الالكتروني http://www.isesco.org.ma/pub/ARABIC/TIFL/p.htm - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص١٠١.

(٢) ينظر: أصول البزدوي ص٣٧١ - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٧) - الاختيار (٢/ ١٨) - تبيين الحقائق (٢/ ١٣٤) - العناية (٣/ ٣١١) - غمز عيون البصائر (١/ ٤٣٦) - مجلة الأحكام العدلية ص١٤٥٣ - قواعد البركتي ص١٦

(٣) ينظر: أحكام الإذن الطبي، عصام خرخاش ص ١٠١ - ١٠٢.

التصرفات النافعة إلا أن الناس مختلفون في تقديرها، ثم إن الصبي المميز ليس لديه من الإدراك ما يستقل بمعرفة التصرف النافع والضار والمتردد، وذلك يختلف من صبي لآخر، ومن ثَمَّ فلا ينضبط الحكم ولا يستقر.

القول الثاني: ذهب أكثر الفقهاء والباحثين المعاصرين إلى أن العقد الطبي إذا صدر من الصبي المميز لم يصح، ولا ينعقد، بل يكون ذلك مناطاً بإذن وليه[١].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الصبي وإن كان مميزاً إلا أنه معرض للضرر والغبن، وقد يأذن بفعل طبي يلحق الضرر به، فاعتبر إذن وليه تحصيلاً للمصلحة ودفعاً للمفسدة[٢].

الدليل الثاني: أن الصبي المميز وإن كان يفهم فإن فهمه غير مكتمل[٣] وقد " تسقط الشريعة التكليف عمن لم تكمل فيه أداة العلم والقدرة تخفيفاً عنه، وضبطاً لمناط التكليف وإن كان تكليفه ممكناً، كما رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم وإن كان له فهم وتمييز؛ لكن ذاك لأنه لم يتم فهمه؛ ولأن العقل يظهر في الناس شيئاً فشيئاً وهم يختلفون فيه، فلما كانت الحكمة خفية ومنتشرة قيدت بالبلوغ "[٤].

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص١٦٤- ١٦٥ - الإذن في إجراء العمليات الطبية، الجبير ص٤٩ - أخلاقيات الطبيب المسلم، الشثري ص٤٩ - مسؤولية الطبيب، محمد البار وحسان شمسي ص٣٤ - أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٤٤- الإذن في العمليات الجراحية، الشيخ ص١٥٧ - الإذن الطبي، مشعل عيادة ص ٩٧.

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص ١٦٤.

(٣) ينظر: الإذن في إجراء العمليات الطبية، الجبير ص٤٩.

(٤) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (١٠/ ٣٤٥).

الترجيح: الراجح أن الصبي المميز لا يصح عقده الطبي ولا ينعقد، وأن الإذن مناط بوليه، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة، وكذلك الحالات اليسيرة التي جرى العرف فيها بالمسامحة كحالات الزكام اليسيرة، والصداع اليسير، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي:

أ - أن الإجماع محكي على صحة تصرفات الصبي المميز في الشيء اليسير وكذلك فيما كان لضرورة[١]، ويشمل ذلك العقد الطبي.

ب - أن العقد الطبي متعلق بالنفس الإنسانية، وهي مصونة محترمة، وحفظها ورعايتها مقصد شرعي، وغاية مرعية، وإذا كان الإجماع قد حكي على أن تصرفات الصبي المميز إذا كانت ضارة ضرراً محضاً فإنها لا تصح[٢]، مراعاة للجانب المالي، فإن مراعاة جانب حفظ النفس أولى وأهم، وبما أنه يجب على الولي، و"الوصي والكفيل حفظ مال يتيمه وتثميره، كذلك عليه حفظ الصبي في بدنه"[٣]، واعتبار عقد الصبي المميز صحيحاً أو صحيحاً موقوفاً ينافي ذلك.

ج - أن الفقهاء عندما ذكروا أحكام الصبي في الجراحة أوجبوا إذن وليه، ولم يفرقوا بين الصبي المميز وغير المميز، بل جعلوا إذن الولي معتبراً مطلقاً، ويفهم منه أنهم لم يقصدوا التفريق بين المميز وغيره[٤].

---

(١) ينظر: مراتب الإجماع ص١٥١ - الإقناع في مسائل الإجماع (١٧١٦/٤) - المنثور في القواعد (٢/ ٢٩٦) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٢٢٣.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٧١).

(٣) الجامع لأحكام القرآن (٤/ ٢٥٩).

(٤) ينظر: النوادر والزيادات (١٣/ ٥١٠) - الشرح الكبير، الدردير (٤/ ٣٥٥) - العزيز شرح الوجيز (١١/ ٣٠٥) - روضة الطالبين (١٠/ ١٨٢) - المغني (٦/ ١٣٣) - كشاف القناع (٤/ ٣٥) - تحفة المودود ص١٩٥.

د - أن صحة تصرفات الصبي المميز محددة ببلوغه، والبلوغ أمر منضبط، فهو مظنة تحقق العقل، واكتمال الفهم، وما قبله متفاوت في جنس البشر على وجه يتعذر الوقوف عليه، ولا يمكن إدراكه إلَّا بعد تجربة وتكلف، وتعليق الحكم بالأهلية على أمر غير منضبط يفضي إلى الحرج، فيكون تعليق الحكم بالبلوغ تعليق له بوصف ظاهر منضبط(١)، وقد قرر العلماء أن ما كان أقرب إلى الضبط كان أولى وأحرى(٢)، والتشريع مناط بالضبط والتحديد(٣).

ثانياً: **العته**، وهو: آفة توجب الاختلال في العقل، بحيث يصير الشخص مختلط الكلام، فاسد التدبير(٤).

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم العقد الطبي الصادر من المعتوه(٥) على قولين:

---

(١) ينظر: أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص١٤٧.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٤/ ١٦٣). (٣) ينظر: مقاصد الشريعة، ابن عاشور ص٣٧١.

(٤) ينظر: التعريفات ص١٩٠ - البحر الرائق (١/ ٤١). وعند الأطباء: زملة سببها مرض في المخ، تتميز باختلال وظائف معينة مثل: الذاكرة، والتفكير، والقدرة على التعلم، والحكم على الأمور. الطب النفسي المعاصر ص٧٩٥

(٥) اختلف الفقهاء في حقيقة المعتوه وحكمه على قولين:

القول الأول: أن العته مختلف عن الجنون مستقل عنه، وأحكام المعتوه وتصرفاته كالصبي المميز، واستدلوا بأن: المعتوه له أصل العقل، وقوة العمل بالبدن، وإلى هذا القول ذهب فقهاء الحنفية.

القول الثاني: أن العته لا يختلف عن الجنون بل هو نوع منه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، واستدلوا بحديث (رفع القلم عن ثلاثة) جاء في بعض ألفاظه: (وعن المعتوه حتى يعقل) أخرجه أحمد برقم (٢٤٦٩٤) (٤١/ ٢٢٤)، والترمذي برقم (١٤٢٣) (٣/ ٨٤) وصححه الألباني في الإرواء (٢/ ٤)، واستدلوا بأن تمييز المعتوه مضطرب ومتغير وغير منضبط. ينظر: أصول السرخسي (٢/ ٣٤٠) - كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٥٠) - البحر الرائق (١/ ٤١) - المدونة (٢/ ٧٩) - البيان والتحصيل (١/ ٢٣٠) - مواهب الجليل =

القول الأول: أن المريض المعتوه يصح عقده وإذنه، ويكون موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي، وإليه ذهب بعض الفقهاء المعاصرين[١].

واستدلوا: بقياس المعتوه على الصبي المميز؛ حيث إن المعتوه له أصل العقل وليس له صفة الكمال فيه[٢].

ويمكن أن يناقش من وجهين:

الوجه الأول: بأن القياس محل خلاف بين الفقهاء، فجمهور الفقهاء لا يلحقون المعتوه بالصبي المميز، بل يلحقونه بالمجنون، ويعتبرون العته نوعاً من الجنون.

الوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق، فالمعتوه فاقد للإدراك، مستواه العقلي متدنٍ، ومتغير من وقت لآخر[٣] " ويتوقف نموه الذهني عادة، فيمضي حياته طفلاً غير مدرك، ولو تقدم به العمر "[٤]، بخلاف الصبي المميز

القول الثاني: أن المريض المعتوه كالمجنون، فلا اعتبار لعقده، ولا لإذنه، بل يناط ذلك بوليه، وإليه ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

= (٤/ ٤٣) - الحاوي (٩/ ١٣٢) - تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٣٦ - كفاية النبيه (٢/ ١٢٦) - المغني (٧/ ٥٠) - المبدع (٧/ ١٨١) - كشاف القناع (٤/ ١٧٨).

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٨٥ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص١٠١.

(٢) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ١٨٥.

(٣) ينظر: أثر الاختلالات العقلية، نائل قرقز ص ١٢٥.

(٤) دليل الأمراض النفسية والبدنية ص٦٨.

(٥) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص١٦٤- ١٦٥ - الإذن في إجراء العمليات الطبية، الجبير ص٤٨ مسؤولية الطبيب، البار ص٣٤ - أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٤٦ - الإذن الطبي، مشعل عيادة ص ٩٧.

الدليل الأول: أن المعتوه كالمجنون معرض للضرر والغبن، وقد يأذن بفعل طبي يلحق الضرر به، فاعتبر إذن وليه تحصيلاً للمصلحة ودفعاً للمفسدة(١).

الدليل الثاني: أن المعتوه فاقد للإدراك، مستواه العقلي متدنٍ، ومتغير من وقت لآخر(٢)، فلا تكليف عليه " تخفيفاً عنه، وضبطاً لمناط التكليف "(٣)، وبناءً على ذلك فإن عقده الطبي وإذنه لا اعتداد به.

الترجيح: الراجح أن المريض المعتوه لا يصح عقده الطبي ولا ينعقد، وأن الإذن مناط بوليه، ما عدا

حالات الضرورة، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي:

أ - أن الأحكام الشرعية ومنها العقود مشروطة بالقدرة والاستطاعة(٤)، فإذا وجدت حالة الضرورة حصل التيسير ورفع الحرج(٥)، وهنا إذا قامت الضرورة لعلاج المعتوه صح التدخل، ولو لم يتحقق إذن الولي.

ب - أن العقد الطبي متعلق بالنفس الإنسانية، وهي مصونة محترمة، وحفظها مقصد شرعي، ويجب على ولي المعتوه صيانة نفسه وحفظها، ومن ذلك ألا يترك الأمر له في العقود والتصرفات، ومنها العقد الطبي.

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص ١٦٤.

(٢) ينظر: أثر الاختلالات العقلية نائل قرقز ص ١٢٥.

(٣) مجموع الفتاوى (١٠/ ٣٤٥).

(٤) ينظر: البحر المحيط (١/ ٣٤٠) - مجموع الفتاوى (٢١/ ٦٣٤).

(٥) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية، وهبة الزحيلي ص ٧٤ - حقيقة الضرورة الشرعية، محمد الجيزاني ص١٩.

ج - أن صحة تصرفات المعتوه مقيدة بالعقل، والعقل منضبط، وما كان أقرب إلى الضبط فهو أولى[١]

الشرط الثاني: حصول الرضا من المتعاقدين:

والمراد به هنا: أن تحصل موافقة الطرفين على العقد الطبي بمحض اختيارهما، وأن تتوافر لديهما الحرية التامة في القبول أو الرفض[٢].

ومن ذلك أن يقوم الطبيب ببيان حالة المريض، واقتراح العلاج الملائم، ويترك الأمر لاختيار المريض، بحيث يجعل له الحرية في قبول العلاج أو رفضه[٣].

وشرط الرضا قد نص عليه الفقهاء واعتبروه في العقود[٤]، ومما يدل على أهميته واعتباره ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الله منع أخذ مال الآخرين إلا برضاهم، والبيع والإجارة من أنواع التجارات، فتكون مشمولة بهذا الدليل[٥]، والعقد

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٤/ ١٦٣).

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص ٤١٤ - العقد الطبي، قيس المبارك ص ١١٢.

(٣) ينظر: العلاقة بين الطيب والمريض وآثارها، رضوان جمعة ص٨٥.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٩)(٥/ ١٧٦) - البحر الرائق (٥/ ٢٨١)- حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٣) -جامع الأمهات ص٣٣٧ - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨) - الشرح الكبير (٣/ ٢) - البيان (٥/ ١٢) - المجموع (٩/ ١٥٨) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٥) - الشرح الكبير (٤/ ٥) - المبدع (٤/ ٧) - كشاف القناع (٣/ ١٤٩).

(٥) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (١/ ١٨٥) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٩) - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٨) - أحكام القرآن، الكيا الهراسي (٢/ ٤٥٣) - المهذب (٢/ ٣) - الشرح الكبير (٤/ ٥).

الطبي نوع من أنواع التجارة؛ حيث يستبدل فيه مال المريض بمنافع الطبيب، لذا فإن الرضا شرط في صحته[١]، وعليه فلا يصح العقد الطبي بين الطبيب والمريض إلا بالتراضي.

الدليل الثاني: عن عمرو بن يثربي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : (لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه)[٢].

وجه الدلالة: " أن الأصل المجتمع عليه أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس، وأن التجارة لا تجوز إلا عن تراض"[٣]، وأن من أكل مال مسلم بغير طيبة نفسه فهو آكل له بالباطل[٤]، والعقد الطبي إذا لم يتحقق فيه الرضا كان من أكل المال بالباطل.

الدليل الثالث: عن عائشة رضي الله عنها قالت: لددنا[٥] رسول الله ﷺ في مرضه، وجعل يشير إلينا (لا تلدوني)، قالت: فقلنا: كراهية المريض بالدواء، فلما أفاق قال: (ألم أنهكم أن تلدوني)، قال: قلنا: كراهية للدواء، فقال رسول الله ﷺ : (لا يبقى منكم أحد إلا لُدَّ، وأنا أنظر إلا العباس؛ فإنه لم يشهدكم)[٦].

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١١٢.

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند برقم (١٥٤٨٨)، وابن أبي عاصم في الآحاد برقم (٩٧٩)، والدارقطني في سننه برقم (٢٨٨٣)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٨٥٨)، ووثق الهيثمي رجال أحمد، وجود إسناده ابن حجر، وصححه الألباني بمجموع طرقه. ينظر: المسند (٢٤/ ٢٣٩) - الآحاد والمثاني (٢/ ٢٢٥) - سنن الدارقطني، (٣/ ٤٢٣) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٩٧) - مجمع الزوائد (٤/ ٣٠٥) - الدراية (٢/ ٢٠١) -إرواء الغليل (٥/ ٢٧٩).

(٣) الاستذكار (٧/ ٨٨).

(٤) ينظر: نيل الأوطار (٥/ ٣٧٩).

(٥) لددنا: من لد، واللد واللدود: ما يسقاه المريض في أحد شقي الفم. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٤/ ٤٧٠)

(٦) الحديث أخرجه بلفظه البخاري في كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم برقم (٦٨٩٧) (٩/ ٨)، ومسلم في كتاب السلام، باب كراهة التداوي باللدود برقم (٢٢١٣) (٤/ ١٧٣٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهاهم عن لده، ولم يرض بذلك، وأمر بلد كل من في البيت عقاباً لهم حين خالفوا إشارته المفهمة[١]، فدل على اعتبار رضا المريض وإذنه.

الدليل الرابع: الإجماع، وقد حكاه غير واحد من أهل العلم[٢]، وفي الجامع لأحكام القرآن: " الأصل المتفق عليه: تحريم مال الغير إلا بطيب نفس منه "[٣].

ولما كان الرضا عمل نفسي قد يخفى كان لا بد من وجود أمر ظاهر يدل عليه؛ كي يناط به الحكم، وتترتب عليه الآثار، لذا فإن الرضا بالعقد الطبي يظهر بكل وسيلة تدل عليه، سواءً بطريق اللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة، أو التعاطي، ويمكن إثباته بالإقرار، وشهادة الشهود، ونحوها[٤].

والرضا بالعقد الطبي يظهر في صورة الإذن الطبي الصادر من المريض المعبر عن رضاه؛ لأن أساس إباحة عمل الطبيب هو إذن الشارع والمريض معاً، وإذن المريض هو العامل الذي يدل على رضاه، ويمكِّن الطبيب من العمل الطبي فالصلة بين الطبيب والمريض يحكمها عقد طبي، وقيام العقد يستلزم إرادة طرفيه[٥].

والرضا بالعقد الطبي قد تعرض له بعض عيوب الرضا فتؤثر على

---

(١) ينظر: شرح ابن بطال (٨/ ٥٢٦) - شرح النووي على مسلم (١٤/ ١٩٩).

(٢) ينظر: المحلى (٨/ ٢٥) - الاستذكار (٧/ ٨٨) - الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٢٢٧).

(٣) الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٢٢٧).

(٤) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص٨٦، ص٢٠٧.

(٥) ينظر: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، أحمد شرف الدين ص٤١، ٥٠ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٤٧.

سلامته، ومن أبرزها ما يلي:

أولاً: الغلط: وهو توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه(١).

والغلط قد يكون في محل العقد، أو في وصفه، أو في شخص العاقد، أو في وصف العاقد، أو في القيمة، أو في الباعث، وغيرها من الأنواع، والغلط يكون مؤثراً في العقد متى كشف العاقد بنفسه عن مراده كشفاً صريحاً خلال التعاقد، أو كان مراده مكشوفاً ظاهراً من القرائن والدلائل(٢).

ويهمنا في مجال العلاقة بين الطبيب والمريض هو الغلط في الشيء المتعاقد عليه، أو في الشخص المتعاقد.

فمثال الغلط في الشيء المتعاقد عليه: أن يتعاقد المريض، أو نائبه مع طبيب، أو مع مستشفى خاص، أو مع معمل للتحاليل، أو للفحص، أو للأشعة على أن يتم القيام بالإجراء الطبي المراد بأجهزة حديثة ومتقنة، ثم يتبين له أن الأجهزة التي استخدمت أجهزة قديمة أو بدائية(٣)، فحينئذ يثبت للمريض الخيار؛ لأن الشيء إذا كان من جنس المسمى إلا أنه مخالف له في الصفة فللمشتري الخيار إذا رآه(٤).

ومثال الغلط في شخص العاقد: أن يتعاقد المريض أو من ينوب عنه مع مستشفى خاص على إجراء عملية جراحية يقوم بإجرائها طبيب

---

(١) المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٤٧٣).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٤٧٦) وما بعدها.

(٣) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص١٦٤.

(٤) ينظر: المبسوط(٥/ ٨٣) - بدائع الصنائع(٥/ ١٤٠) - الهداية(١/ ٢٠٤) - الاختيار(٣/ ١٠٥) - العناية(٣/ ٤٦١)

معين؛ لتميزه وشهرته، ثم يتبين له أن الذي قام بإجراء العملية طبيب آخر، فهنا وقع الغلط في شخص الطبيب، ويثبت للمريض أو من ينوب عنه الخيار[(١)]؛ لأن العقد الطبي عقد إجارة، والإجارة تنفسخ بالغلط إذا وقع في شخص العاقد، أو في صفته المعتبرة في مبنى العقد[(٢)].

ثانياً: **الخلابة وهي**: أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة: قولية، أو فعلية، تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن يرضى به لولاها[(٣)].

والخلابة منع ثابت بحكم الشرع، وإن لم يشترطه المتعاقد، ومقتضاه: ثبوت الخيار للمخدوع: فإن شاء أمضى العقد، وإن شاء أبطله إذا ثبتت الخديعة[(٤)].

والخلابة تشمل صوراً متعددة أبرزها الصور التالية:

الصورة الأولى: التغرير: وهو الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة؛ لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه[(٥)]والتغرير قسمان:

القسم الأول: التغرير القولي، وذلك عن طريق البيان والكلام الكاذب في الأسعار[(٦)].

---

(١) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص١٦٥.

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٤٨٤).

(٣) وتطلق الخلابة على الخديعة، وإظهار غير ما في النفس. ينظر: مشارق الأنوار (١/ ٢٣٦) - طلبة الطلبة ص٢٠٣- النهاية (٢/ ١٣٧) - المدخل الفقهي العام (١/ ٤٥٩) - معجم لغة الفقهاء ص١٧٦.

(٤) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٤٦٠).

(٥) ويطلق التغرير على الخداع، والإيقاع في الباطل، والإيهام. ينظر: المحكم (٥/ ٣٦٠) - لسان العرب (٥/ ١١) – المدخل الفقهي العام (١/ ٤٦٣) – معجم لغة الفقهاء ص١١٧ - الموسوعة الفقهية الكويتية (١١/ ٢٥٥).

(٦) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٤٦٣).

ومثاله في العقد الطبي: قول الطبيب أن المريض لن يجد من يجري له الفحص أو الجراحة ونحوها بمثل السعر الذي سيتقاضاه منه، أو أنه قد أجرى عمليات مماثلة بسعر أعلى، ثم يتبين أن ما قاله غير حقيقي، ومثله أن يذكر الطبيب أنه حاصل على شهادات عالية، وخبرة طويلة، ونحو ذلك.

القسم الثاني: **التغرير الفعلي**، ويتحقق التغرير الفعلي عن طريق تضليل الطرف الآخر، وتزوير وصف في محل العقد[١].

ومثاله في العقد الطبي: أن يقوم الطبيب باستدعاء المريض إلى عيادته، ويجري له التحاليل والفحوصات؛ ليوهمه أن مرضه خطير، أو أنه يحتاج إلى عناية مستمرة، ثم يتبين أن كل ما فعله أو بعضه ليس له حاجة[٢].

الصورة الثانية: **التدليس**: وهو الكتمان والإخفاء، والإيهام بوجود صفة توجب زيادة الثمن[٣].

والتدليس يوجب للمتعاقد المدلَّس عليه الخيار، ويمنحه الحق في فسخ العقد؛ لأن العاقد مطلوب منه البيان والإيضاح، والتدليس ينافي ذلك ويعارضه، والأصل السلامة منه[٤].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٤٦٤).

(٢) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ١١٤ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص١٦٦.

(٣) ينظر: التعريفات ص١٦٧- المطلع ص٢٨٢ - معجم المصطلحات الاقتصادية ص١١٣-١١٤.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣١) - البحر الرائق (٦/ ٣٨) - الفواكه الدواني (٢/ ٨٠) - حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٦٣) - المهذب (٢/ ٤٩) - روضة الطالبين (٣/ ٤٦٨) - المغني (٤/ ١٠٨) - شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ٤٢) - المدخل الفقهي العام (١/ ٤٦٦).

ومثال التدليس في العقد الطبي: أن لا يبين الطبيب للمريض خطورة مرضه، أو أن يستعمل بعض العبارات الموهمة أو المُبْهمة؛ أو أن يكتم بعض العيوب الموجودة في أجهزة التداوي؛ لأن العقد الطبي يقوم على مبدأ الثقة والأمانة، وكل ما يؤثر على هذا المبدأ فإنه يؤدي إلى ضعف ثقة المريض في الطبيب، ويثير الشك والريبة فيه وفي علمه، ويعتبر تدليساً وخداعاً(١).

ثالثاً : الغبن :وهو النقص في أحد العوضين، بأن يكون أحدهما أقل مما يساوي البدل الآخر عند التعاقد(٢).

والغبن قسمان: يسير، وفاحش، فالغبن اليسير لا أثر له في أكثر العقود بخلاف الغبن الفاحش(٣).

والغبن قد يتحقق في العقد الطبي، ويقوم عادةً على استغلال الطبيب ظرفاً معيناً طرأ للمريض، أو حالة معينة للمريض ألجأته إلى طبيب بعينه(٤).

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١١٤ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها ص١٦٨.

(٢) ينظر: طلبة الطلبة ص١١٥- مشارق الأنوار (١٢/ ١٢٨) - النظم المستعذب (١/ ٢٧٦) - المطلع ص٢٨٠ - القاموس الفقهي ص٢٧١- معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٥٨.

(٣) اختلف الفقهاء في تحديد الغبن اليسير والفاحش، فقيل: اليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل: حد ذلك: بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، وهي الزيادة على الثلث، وقيل: اليسير: ما يحتمل غالباً، والكثير: ما لا يحتمل غالباً، وقيل: المرجع في ذلك كله إلى العرف والعادة. ينظر: الهداية (٣/ ١٤٥) - تبيين الحقائق (٤/ ٢٧٢) - حاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٣) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٣٨) - مواهب الجليل (٤/ ٢٦٩) (٤/ ٤٦٧-٤٧٠) - الشرح الكبير (٣/ ١٤٠) - العزيز شرح الوجيز (٤/ ٢٣٧) - أسنى المطالب (٢/ ٦٣) (٢/ ٢٠٧) - مغني المحتاج (٣/ ١٣٦) - الإفصاح عن معاني الصحاح (٣/ ٦٤٤) - الإنصاف (٤/ ٣٩٤) - كشاف القناع (٣/ ٢٤٢).

(٤) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص١٧٨.

ومثال ذلك: أن يتعرض المريض لألم مفاجيء في ساعة متأخرة من الليل، فيذهب إلى طبيب ليفحصه، فيقرر الطبيب أنه في حاجة لإجراء عملية معينة، ويوافق المريض، ولكن الطبيب يشترط مبلغاً معيناً مبالغاً فيه لا يتقاضاه طبيب آخر في مستواه الفني والمهني(١)، والذي جعله يشترط ذلك المبلغ استغلاله لظرف المريض الطاريء.

رابعاً: **الإكراه**: والإكراه قسمه بعض الفقهاء إلى: إكراه على فعل، وإكراه على كلام، وقسمه بعضهم: إلى إكراه بحق، وإكراه بغير حق، ثم إن الإكراه بغير حق ينقسم إلى قسمين: إكراه ملجيء، وإكراه غير ملجيء، وقد اشترط الفقهاء للإكراه الملجيء: أن يكون المُكْرِه قادراً على تحقيق ما أوعد به، وأن يقع في نفس المُكْرَه تحقق ذلك إذا لم يجب، وأن يكون الوعيد بأمر حال يوشك وقوعه، وأن يكون ما أكره به يؤدي إلى تلف دائم، أو غم لازم(٢).

والتصرفات المالية من البيع والإجارة ونحوها الواقعة تحت الإكراه بغير حق لا تصح بالإجماع(٣).

وفي ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله " المكره بغير حق لا يلزم بيعه ولا إجارته ولا إنفاذه باتفاق المسلمين "(٤)

---

(١) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص١٧٩.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٧٥) - تبيين الحقائق (٥/ ١٨١) - البحر الرائق (٨/ ٧٩) - النوادر والزيادات (١٠/ ٢٤٥-٢٥١) - الذخيرة (١٢/ ١٣-١٥) - مواهب الجليل (٤/ ٢٤٥- ٢٤٩) - المحصول (٢/ ٤٤٩) - المجموع (٩/ ١٥٩) - التمهيد في تخريج الفروع ص١٢٠ - تحفة المحتاج (٨/ ٣٦) - المغني (٧/ ٣٨٣) - شرح الزركشي (٧/ ٦٩) - الإنصاف (١١/ ٢٤) - مجموع الفتاوى (٨/ ٥٠٥) - المحلى (٧/ ٢٠٣).

(٣) ينظر: النوادر والزيادات (١٠/ ٢٧٤) - شرح ابن بطال على صحيح البخاري (٨/ ٢٩٨) - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي (١٠/ ١٨٤) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٩٩) (٣٠/ ١٥٨).

(٤) مجموع الفتاوى (٣٠/ ١٨٠).

وبناءً عليه فلا يصح عقد العلاج أو الجراحة الطبية إذا تضمن إكراهاً من الطبيب للمريض، ولا يجوز للطبيب أن يأخذ أجرة على عمله الذي أكره المريض عليه، بل متى حدث إكراه من أحد العاقدين في العقد الطبي ثبت للآخر خيار الفسخ، وما يترتب على ذلك من حقوق[١].

ويشمل ذلك الإكراه المعنوي، ومثاله: أن لا يخبر الطبيب المريض بعزمه على إجراء الجراحة إلا بعد الشروع في بعض مراحلها، كما في جراحة الأسنان؛ وذلك ليحصل منه على القبول[٢].

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١١٢ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص١٧٦.

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي، ص٤١٥.

المطلب الثالث

شروط المعقود عليه في العقد الطبي

ذكر الفقهاء شروطاً في المعقود عليه ترد في العقد الطبي وفي غيره، ومن أهمها ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون المعقود عليه معلوماً للمتعاقدين.

ويقصد بذلك أن يكون المبيع أو المنفعة في عقد الإجارة وكذلك الثمن والأجرة معلومة للمتعاقدين[١].

ويدل على اعتبار هذا الشرط أدلة كثيرة منها ما يلي:

الدليل الأول: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر[٢])[٣].

وجه الدلالة: أن الحديث تضمن النهي عن بيع الغرر، وهو أصل

---

(١) لا يشمل هذا عقد الجعالة ؛ فلا يشترط فيها تعيين العامل وتحديده، كما لا يشترط تعيين كيفية العمل، أما تعيين العوض فهو شرط على اختلاف في بعض التفاصيل.ينظر: أحكام القرآن، ابن العربي (٣/ ٦٥) - الذخيرة (٦/ ٦) - التاج والإكليل (٧/ ٥٠٣) - حاشية الدسوقي (٤/ ٦٠) - المهذب (١/ ٤١١) - البيان (٧/ ٤٠٨) - تحفة المحتاج (٣/ ٦٢٠) - المغني (٦/ ١٣٣) - المبدع (٥/ ١١٥) - الإنصاف (٦/ ٣٩٠) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٣).

(٢) الغرر: الخطر وما كان مستور العاقبة، وبيع الغرر: ما خفيت عاقبته، أو تردد بين الحصول والفوات. ينظر: التعريفات ص٢٠٨ - شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٠) معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٥٩.

(٣) الحديث أخرجه مسلم بلفظ: نهى النبي ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر برقم (١٥١٣) (٣/ ١١٥٣).

عظيم في كتاب البيوع[(١)]، وصيغة النهي تدل على التحريم[(٢)]، والجهالة في المعقود عليه مفضية إلى الغرر، فدل على اشتراط كون المعقود عليه معلوماً، والعقد الطبي داخل في ذلك.

الدليل الثاني: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: (أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره)[(٣)]

وجه الدلالة: أن الإجارة لا تجوز حتى تكون معلومة، وحتى تكون الأجرة معلومة[(٤)]؛ لئلا يفضي عدم العلم بها إلى النزاع[(٥)]، ويشمل ذلك العقد الطبي.

الدليل الثالث: الإجماع على وجوب العلم بالمنفعة والأجرة في عقد الإجارة[(٦)]، وكذلك الإجماع على وجوب العلم بالمعقود عليه، وبالثمن في عقد البيع[(٧)].

---

(١) ينظر: شرح النووي على مسلم (١٠/ ١٥٦).

(٢) ينظر: تيسير التحرير (١/ ٤٦٩) - الرسالة، الشافعي ص٣٤٣ - البحر المحيط، الزركشي (٢/ ١٥٣) - الضروري، ابن رشد ص ٧٦ - المسودة ص٢٦٤.

(٣) الحديث أخرجه بلفظه أحمد في المسند برقم (١١٥٦٥)، وأبو داود في مراسيله برقم(١٨١)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٩٨١)، والنسائي في الصغرى موقوفاً بلفظ " إذا استأجرت أجيراً فأعلمه أجره "، وحكم أبو داود والبيهقي وابن الملقن والهيثمي بإرساله، وضعفه الألباني في الإرواء. ينظر: المسند(١٨/ ١١٦) - المراسيل،أبو داود ص١٦٧- سنن النسائي(٧/ ٣١)- السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ١٢٠)- نصب الراية (٤/ ١٣١) - البدر المنير(٧/ ٣٩) - مجمع الزوائد(٤/ ١٧٣) - إرواء الغليل(٥/ ٣١١)

(٤) ينظر: السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ١٢٠).

(٥) ينظر: التوضيح شرح الجامع الصحيح (١٥/ ٧٢) - نيل الأوطار (٥/ ٣٤٩) - سبل السلام (٢/ ١١٨).

(٦) ينظر: الإجماع، ابن المنذر ص١٤٤ - المغني (٥/ ٣٢٧) - الإقناع في مسائل الإجماع (٣/ ١٥٦٦) - الجامع لأحكام القرآن (١٣/ ٢٧٥) - البناية (١٠/ ٢٢٦).

(٧) ينظر: الإجماع ص١٣٥ - الاستذكار (٦/ ٤٣٣) - المجموع (٩/ ٣٣٣) - البناية (٨/ ١٥).

قال العيني رحمه الله: " لا يصح عقد الإجارة حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة، وهذان لا خلاف فيهما "[١].

وقال ابن عبدالبر رحمه الله: " والسنة المجتمع عليه أنه لا يجوز الثمن إلا معلوماً "[٢].

الدليل الرابع: أن الجهالة في المعقود عليه تؤدي إلى الغرر، وتفضي إلى النزاع، وتمنع التسلم والتسليم، وتحول دون تحقق مقصود العقد[٣].

ويتحقق العلم بالمعقود عليه بطرق أبرزها ما يلي[٤]:

الطريق الأول: الرؤية، ورؤية كل عين تحصل على ما يليق بها ويناسبها[٥]، وقد تقترن الرؤية بالإشارة إلى المعقود عليه، وهذا يتحقق متى كان المعقود عليه موجوداً في مجلس العقد، ماثلاً أمام المتعاقدين[٦].

---

(١) البناية (١٠/ ٢٢٦). (٢) الاستذكار (٦/ ٤٣٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٠) - الهداية (٣/ ٢٣٠).

(٤) ينظر: محل العقد في الفقه الإسلامي، عطيف، ص١٧٠ -١٩٣.

(٥) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٦) - العناية (٦/ ٣٤٢) - المجموع (٩/ ٢٩١) - مغني المحتاج (٢/ ٣٥٨) - مواهب الجليل (٤/ ٢٩٣) - منح الجليل (٤/ ٤٨٤) - كشاف القناع (٣/ ١٦٥) - مطالب أولي النهى (٣/ ٢٧).

(٦) اعتبار الإشارة إحدى طرق العلم بالمعقود عليه هو مذهب الحنفية، والحنابلة، وخالف المالكية والشافعية، فالمالكية يقولون: الشيء الحاضر يباع على الرؤية، ومع المشقة يباع على الصفة، والشافعية يقولون: الرؤية هي المعتبرة دون غيرها. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٠) (٥/ ١٦٤) - الهداية (٣/ ٤٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - شرح التلقين (٢/ ٨٩٠-٨٩١) - مواهب الجليل (٤/ ٢٨٦) - الشرح الكبير، (٣/ ٢٧) - الأم (٣/ ٧٤) - فتح العزيز (٨/ ١٥٠) - روضة الطالبين (٣/ ٣٧٢) - المغني (٣/ ٤٩٦)- الإنصاف (٤/ ٢٩٧) - كشاف القناع (٣/ ١٦٣)

الطريق الثاني: الوصف، وهو يقوم مقام الرؤية، ووصف المعقود عليه يجب أن يكون وصفاً تاماً، دقيقاً، نافياً للجهالة، مانعاً للنزاع[(١)].

الطريق الثالث: بيان المدة ونوع العمل، وهذا الطريق يحقق العلم بالمعقود عليه في عقود الإجارة؛ لأن المعقود عليه في عقد الإجارة المنفعة، ومن شرطها أن تكون معلومة؛ لأن محل استيفاء المنافع على ضربين: ضرب لا تختلف أعيانه وإن اختلفت أغراضه كاستئجار دابة لحمل القمح، فلا حاجة لتعيين القمح؛ إذ لا فرق بين حمل القمح وبين حمل غيره، والضرب الثاني: تختلف أعيانه باختلاف أغراضه وتباينها، كاستئجار الطبيب؛ لأن الأمراض متفاوتة، والناس مختلفون في ذلك[(٢)]، فتكون الحاجة قائمة هنا للتعيين.

والعلم بالمنفعة يجب أن يشمل العلم بمحلها ونوعها وقدر الانتفاع بها، وذكر جميع ما يتفاوت به الانتفاع، وما لا يتسامح به في المعاملة؛ قطعاً للنزاع، وسداً لباب الاختلاف[(٣)].

---

(١) ذهب الشافعية والحنابلة في رواية إلى أنه لا بد من الرؤية، واستدلوا بحديث النهي عن بيع الغرر، والبيع بالصفة فيه غرر، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصف يقوم مقام الرؤية،واستدلوا بما أخرجه البيهقي في الكبرى برقم (١٠٧٢٧) (٥/ ٢٦٨) أن عثمان ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضاً بالمدينة، ناقله بأرض له بالكوفة، فلما تباينا ندم عثمان، ثم قال: بايعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي، إنما ابتعت مغيباً، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت، فجعلا بينهما حكما، فحكما جبير بن مطعم، فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيباً. ينظر: الهداية (٣/ ٣٦) - الجوهرة النيرة (١/ ١٩٦) - شرح فتح القدير (٦/ ٣٤٩) - النوادر(٦/ ٣٦٤) - مواهب الجليل (٤/ ٢٨٥) - الفواكه الدواني (٢/ ١٠٦) - الأم (٣/ ٧٤) - فتح العزيز (٨/ ١٥٠) - المجموع (٩/ ٢٩١) - المغني (٣/ ٤٩٦) - المبدع (٤/ ٢٤) - الإنصاف (٤/ ٢٩٧)

(٢) ينظر: المنتقى (٥/ ١١٧) - العقد الطبي، قيس المبارك ص١١٥.

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز (٦/ ١٢١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٧).

والمنفعة تكون معلومة بعدد من الوسائل أبرزها ما يلي:

الوسيلة الأولى: **تقدير المنفعة بالمدة**، كاستئجار مرضعة مدة شهر لترضع طفلاً.

الوسيلة الثانية: تقدير المنفعة بالعمل، كاستئجار شخص لخياطة ثوب، أو حمل شيء من مكان لآخر

الوسيلة الثالثة: الجمع في تقدير المنفعة بين المدة والعمل، كاستئجار شخص لحمل شيء من مكان معين إلى مكان آخر معين في مدة ثلاثة أيام[(١)].

وبما أن العقد الطبي عقد إجارة، وقد يكون في بعض صوره عقد جعالة، أو عقد بيع فإن ما سبق معتبر فيه إلا ما كان من اختلاف في اشتراط معرفة المنفعة في عقد الجعالة.

فاختصاص استيفاء المنافع الطبية بالعين المعقود عليها هو الضابط الذي ترتفع به الجهالة، ويزول به موجب التنازع، ويتأكد هذا المعنى كلما اشتد التفاوت في اختلاف أوصاف المنافع الطبية المتعاقد عليها[(٢)].

ويكون بيان المنفعة بالنص عليها عند العقد، وأحياناً بالعرف إذا كان مطرداً؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[(٣)]، ولأنه يكتفى في

---

(١) ينظر: الهداية (٣/ ٢٣٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - العناية (٩/ ٦٣)- القوانين الفقهية ص٢٩٨ - مواهب الجليل (٥/ ٤١٠) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٠) المهذب (٢/ ٢٤٦) - كفاية الأخيار ص٢٩٥ - نهاية المحتاج (٥/ ٢٨٠) - الكافي (٢/ ١٧٤) - شرح الزركشي (٤/ ٢١٩) - شرح المنتهى الإرادات (٢/ ٢٥٥) - المحلى (٧/ ٤) - الإجارة الواردة على عمل الإنسان، شرف الشريف ص١٠٣ - آثار عقد الإجارة، فهد المشعل ص٥١.

(٢) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١١٦ - ١١٧.

(٣) المراد بهذه القاعدة: أن الناس إذا تعارفوا واعتادوا التعامل على شيء بدون اشتراط صريح فإنه يعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، وقد عبر الفقهاء عن هذه القاعدة بعبارات مختلفة منها: =

معرفة المنفعة المعقود عليها في عقد الإجارة بالعرف[١]، والعقد الطبي من هذا الباب[٢]، وعليه فإنَّ ذِكْر شخص المريض المراد معالجته متعين في نفس العقد، فلا يجوز أن يُبْرِم الطبيب العقد على إجراء جراحة لاستئصال ورم[٣] من مريض لم يره، ولم ير محل الورم فيه؛ لاختلاف طبائع الناس وأمزجتهم قوة وضعفاً، واختلاف الأورام كذلك[٤]، فالواجب على كلا المتعاقدين أن يقوما بتحديد العمل الطبي، وبيانه على وجه ترتفع به الجهالة[٥].

وحيث تقدم أن العلم بالمنفعة يكون عن طريق التقدير بالمدة، أو التقدير بالعمل فهو كذلك في العقد الطبي.

فالتقدير بالمدة: إبرام العقد على عمل من طبيب معين.

ومثاله: أن يستأجر المريض طبيباً ليكون مرافقاً له، ملتزماً البقاء معه في منزله، والخروج معه حين يخرج، يحوطه بالعناية الطبية التي يحتاجها، ويكون عقده معه منضبطاً بمدة محددة، معلومة القدر، كشهر، أو يوم، أو أقل من ذلك، أو أكثر.

= المعروف كالمشروط، والمعروف بالعرف كالمشروط بالنص، والعادة كالشرط، وغيرها. ينظر: المبسوط (١٥/ ١٦٥) - الفروق، الكرابيسي (٢/ ١٤٠) - بدائع الصنائع (٥/ ١٦٧) - الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٩٩ - شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص٢٣٧- القواعد، المقري ص٣٣١ - المنثور، الزركشي (٢/ ٣٦٢) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٩٠.

(١) ينظر: الشرح الكبير (٦/ ٥) - المبدع (٤/ ٤٠٧) - شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ٢٤٢).

(٢) ينظر: القواعد الفقهية للمسائل الطبية (٢/ ٥٢٥).

(٣) الورم: نوع من السرطان يصيب نسيج الغدد، ويمكن تمييزه بالمجهر عن أنواع مختلفة من الأورام. ينظر: دليل الأمراض النفسية والبدنية ص٢٨٧.

(٤) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١١٨.

(٥) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤١٧.

والتقدير بالعمل: ضبط العمل الطبي بأوصاف معتبرة تميزه عن غيره، ويشمل ذلك ضبط جنسه، ونوعه، وقدره.

فضبط جنس العمل الطبي: أن يبين هل هو فحص، أو تشخيص، أو علاج، أو جراحة، أو غيرها

وضبط نوع العمل الطبي: أن يبين الطبيب نوع الفحص هل هو ابتدائي، أو سريري[(١)]، كما يجب أن يبين نوع التحليل، واسمه، وكذلك نوع الأشعة[(٢)]، واسمها، وكذلك ما يتعلق بالتخدير، أو الجراحة، ونحوها

وضبط قدر العمل الطبي: يكون بكل وسيلة ترفع الجهالة عن المقدار الواجب عمله، فيكون بالذرع[(٣)] فيما يمكن فيه الذرع، وبالعدد

---

(١) الفحص الطبي له مراحل بعضهم قسمها إلى مرحلتين: الفحص الابتدائي، والفحص التكميلي، وبعضهم جعلها ثلاث مراحل: الفحص الابتدائي، والسريري، والتكميلي، فالفحص الابتدائي يشمل استقبال المريض، والاستماع إلى شكواه، وأخذ كافة المعلومات التي يحتاج إليها ؛ لتحديد موضع الألم، ثم الفحص السريري ويشمل وضع اليد أو الأصابع على أماكن معينة من بدن المريض ؛ ليتبين نوع المرض عن طريق الدلائل والعلامات التي تظهر، والاستعانة ببعض الأجهزة اليسيرة كمقياس الحرارة، وأداة الكشف عن الحلق أو الأذن، وغيرها، كما يشمل البحث عن العلامات العامة كالحمى، والوهن، ونقص الوزن، وغيرها، ثم الفحص التكميلي، ويلجأ إليه الطبيب عندما لا يتوصل لنتيجة واضحة محددة من خلال المرحلتين السابقتين، ويكون الاعتماد في هذه المرحلة على الأجهزة والآلات الحديثة المتطورة كالأشعة والمناظير وغيرها. ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، قايد ص٦٥ - أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص١٤٣-١٤٤ - التداوي، المبارك ص٥٧-٦٣ - المسؤولية الجناية، شديفات ص٧٩.

(٢) الأشعة: " طاقة كهرومغناطيسية ضوئية، أو حرارية، أو صوتية، تخرج من الذرات المختلفة، فتنتشر متنقلة كموجات، أو جسيمات دقيقة، لمسافات طويلة، بسرعات هائلة، وتنفذ وتتخلل الأجسام مؤثرة فيها". أحكام الأشعة واستخداماتها في الفقه الإسلامي، الخضيري (١/ ٩٢ - ٩٣).وينظر: الموسوعة العربية العالمية (٢/ ٢٠٤، ٢١٦).

(٣) الذرع: ما يذرع به، والوسط منه ألا يكون في غاية الطول ولا في نهاية القصر، وهو وحدة طول قديمة من طرف المرفق إلى طرف الإصبع الوسطى، وتتراوح ما بين ٧٥ و٨٥ سم، ولكل =

فيما يمكن فيه العدد، وبالوزن فيما يمكن فيه الوزن، وبكل صفة مقصودة، فيقوم اختصاصي الأشعة بتحديد الموضع المراد تسليط الأشعة عليه من جسم المريض، ويقوم اختصاصي التخدير بتحديد طبيعة التخدير، وهل هو موضعي أو عام، ويحدد مكان الموضعي، ويقوم الجراح بذكر طول الجرح، وعرضه، وعمقه، والآلة التي سيتم استخدامها، وغير ذلك[(١)].

قال عيسى بن سهل " فإن كانا وصفا الكي وعدده وآلته فالأجرة لازمة له، وإن كانا أهملاه لم يصفاه، وهو مختلف الهيئة والصفة فذلك غير جائز، ولا تلزم فيه الأجرة "[(٢)].

فلا يصح العقد الطبي مع جهالة المنفعة المعقود عليها وعدم العلم بها، ومن أمثلة ذلك: إذا لم يبين الطبيب لمريض الورم السرطاني طريقة علاجه، وهل تكون بالجراحة، أو بالعلاج الإشعاعي.

ومثله كذلك: لو لم يبين الطبيب لمريض الأسنان كيفية معالجته، وهل سيقوم بخلع السن، أم بإعطائه أدوية مسكنة، لأن بيان العمل الطبي شرط لصحة العقد الطبي[(٣)].

وشرط العلم بالمعقود عليه يشمل العلم بالمنفعة التي تقدم بيانها، ويشمل كذلك العلم بالعوض.

= أهل بلد ذرعهم. ينظر: طلبة الطلبة ص٢٠١ - النظم المستعذب (١/ ١٠٥) - الميزان في الأقيسة والأوزان ص١٣ - معجم المكاييل والمقاييس العالمية ص١٠٨.

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص ٤١٧ - ٤١٨العقد الطبي، قيس المبارك ص١١٨ - ١٢٤.

(٢) الإعلام بنوازل الأحكام، عيسى بن سهل ص٣٥٧.

(٣) ينظر: القواعد الفقهية للمسائل الطبية (٢/ ٥٢٦).

وترتفع الجهالة عن العوض بوصفه، وبيان قدره، ونوع العملة التي يكون بها العوض[١].

فالواجب أن يقول الطبيب للمريض: أجري لك هذه العملية الجراحية بألف ريال سعودي، أو أن يقول اختصاصي التصوير: أصوّر لك صدرك بخمسين ريالاً سعودياً[٢].

ولا يصح عقد الإجارة على أي عمل من الأعمال الطبية إذا كان العوض مجهولاً، فلو قال المريض للطبيب: قم بإجراء عملية لي وأعطيك مقداراً من المال يرضيك، أو أعطيك المبلغ الذي تطلبه فسد العقد، وأثم المريض؛ لأن جهالة العوض منهي عنها شرعاً، وإذا قام الطبيب بالجراحة استحق أجرة المثل[٣].

الشرط الثاني: أن يكون العمل المعقود عليه مباحاً.

والمراد: أن يكون المعقود عليه يباح الانتفاع به شرعاً، فإن كان محرماً أو كان استيفاؤه يؤدي إلى محرم لم يصح العقد عليه.

ويدل على هذا الشرط ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النِّسَاء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الله نهى المؤمنين أن يأكلوا أموالهم، وأموال بعضهم بما حرم عليهم، والباطل: اسم لكل ما لا يحل في الشرع،

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤١٨

(٢) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ١٢٩.

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز (٦/ ٨٤) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٤) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٤) - أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤١٨ - العقد الطبي، قيس المبارك ص ١٢٩- ١٣٠.

ووجوه كثيرة، ويدخل فيه ما جاء الشرع بتحريمه وعدم إباحته[(١)].

الدليل الثاني: عن المغيرة بن شعبة ﵁ قال: قال النبي ﷺ (إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات، ووأد البنات[(٢)]، ومنع وهات[(٣)]، وكره لكم: قيل وقال[(٤)]، وكثرة السؤال، وإضاعة المال)[(٥)].

وجه الدلالة: أن الحديث تضمن النهي عن إضاعة المال، وذلك بإنفاقه في غير وجهه المأذون فيه شرعاً، وصرفه في غير حقه من أوجه الباطل، والإسراف، والمعاصي، فدلَّ على أن ما كان محرماً فهو داخل في إضاعة المال الممنوعة[(٦)].

الدليل الثالث: الأحاديث التي ورد فيها النهي عن التداوي بالمحرمات، وهي أحاديث كثيرة، ومن جملتها الأحاديث التالية:

أ - عن أبي الدرداء ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: (إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواءً، فتداووا، ولا تداووا بحرام)[(٧)].

---

(١) ينظر: تفسير الطبري (٨/ ٢١٦) - أحكام القرآن، الجصاص (٣/ ١٢٧) - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي (٥/ ١٥٠) - الوجيز، الواحدي ص٢٦١ - تفسير البيضاوي (٢/ ٧٠).

(٢) وأد البنات: أي قتلهن، كان إذا ولد لأحدهم في الجاهلية بنت دفنها في التراب وهي حية. النهاية (٥/ ١٤٣).

(٣) منع وهات: أي منع ما عليه إعطاؤه، وطلب ما ليس له. النهاية (٤/ ٣٦٥).

(٤) قيل وقال: نهي عن فضول ما يتحدث به المتجالسون، وعن القول بما لا يصح ولا تعلم حقيقته. النهاية (٤/ ١٢٢).

(٥) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون، باب ما ينهى عن إضاعة المال برقم (٢٤٠٨) (٣/ ١٢٠)، ومسلم، كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة برقم (٥٩٣) (٣/ ١٣٤١).

(٦) ينظر: الاستذكار، ابن عبدالبر (٨/ ٥٨٠) - المسالك، ابن العربي(٧/ ٥٨٧) - شرح النووي (١٢/ ١١).

(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة برقم (٣٨٧٤)، والطبراني في المعجم الكبير، والبيهقي في السنن الكبرى برقم (٢٠١٧٣)، قال عنه المنذري: =

ب - عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: اشتكت ابنة لي، فنبذت[١] لها في كوز[٢] لها، فدخل رسول الله ﷺ وهو يغلي، فقال: (ما هذا؟)، فقلت: إن ابنتي اشتكت فنبذت لها هذا، فقال: (إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم)[٣].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن التداوي بالمحرمات، والنهي محمول على عمومه إلا ما استثني للضرورة، وبين أن المحرمات لا شفاء فيها، وأن الاستشفاء بها لا ينفي صفة التحريم عنها[٤].

الدليل الرابع: الإجماع على اشتراط الإباحة في عقدي البيع والإجارة[٥]، وفي ذلك يقول ابن رشد الحفيد: " واتفقوا على إجارة الدور، والدواب، والناس على الأفعال المباحة "[٦].

= في إسناده إسماعيل بن عياش، وفيه مقال، ووثق الهيثمي رجاله، وحسنه الألباني. ينظر: سنن أبي داود (٦/ ٢٣) - المعجم الكبير(٢٤/ ٢٥٤) - السنن الكبرى (١٠/ ٥) - مختصر سنن أبي داود (٥/ ٣٥٧) - مجمع الزوائد (٥/ ١٤١) - السلسلة الصحيحة (٤/ ١٧٥).

(١) النبيذ: "ما يعمل من الأشربة من التمر والزبيب والعسل والشعير وغير ذلك". النهاية (٥/ ١٥).

(٢) الكوز: "ما اتسع رأسه من أواني الشراب إذا كانت بعرى وآذان وجمعه كيزان وأكواز". مشارق الأنوار (١/ ٣٤٩).

(٣) الحديث أخرجه أبو يعلى في مسنده برقم (٦٩٦٦)، وابن حبان في صحيحه برقم (١٣٩١)، والطبراني في الكبير والبيهقي في الكبرى برقم (٢٠١٧١)، وجود إسناده ابن الملقن وأخرجه معلقاً موقوفاً على ابن مسعود البخاري في صحيحه في كتاب الأشربة، ووصله ابن حجر، وصححه الألباني. ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١١٠) - مسند أبي يعلى (١٢/ ٤٠٢) - صحيح ابن حبان (٤/ ٢٣٣) - المعجم الكبير (٢٣/ ٣٢٦) - السنن الكبرى(١٠/ ٥) - البدر المنير (٨/ ٧١٣) - تغليق التعليق (٥/ ٣٠) - السلسلة الصحيحة (٤/ ١٧٥).

(٤) ينظر: فتح الباري (١٣/ ٢٦١) - عمدة القاري (٢١/ ١٩١) - فيض القدير المناوي (٢/ ٢٥٢) - نيل الأوطار (١/ ٧٠) - التداوي بالمحرمات، الوليد (١/ ٧٠٦).

(٥) ينظر: مراتب الإجماع ص١٤٩ - المعلم بفوائد مسلم (٢/ ٢٤٠) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٤٠) - الإفصاح عن معاني الصحاح (١/ ٢٩٤) - الشرح الكبير، ابن قدامة (٤/ ٧) - مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٢٨).

(٦) بداية المجتهد (٤/ ١٣٤٠).

الدليل الخامس: أن القاعدة أن العجز الشرعي كالعجز الحسي في الإبطال[١]، فكما أنه لا يجوز استئجار غير المقدور على تسليمه؛ للعجز الحسي، فكذلك لا يجوز استئجار المحرم؛ للعجز الشرعي[٢].

مما سبق يتبين أن العقد الطبي يشترط فيه أن يكون العمل فيه مشروعاً؛ إذ إن الأصل أن جسد الإنسان ملك لله تعالى، فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذن مالكه سبحانه[٣]، والعقد الطبي من الحقوق المشتركة بين الخالق ﷻ وبين العبد، وحق الله تعالى فيه هو الأغلب[٤].

ولما كان العقد الطبي التزام من قبل الطبيب بمداواة المريض كان لا بد أن يكون مشروعاً؛ لأن التداوي مباح متى كانت مادته أو آلته مباحة، ومحظور إذا كانت مادته أو آلته محظورة، فالتداوي بالمحظورات الشرعية لا يصح أن يجري التعاقد عليه بين الطبيب والمريض إلَّا عند الضرورة أو الحاجة المنزلة منزلتها[٥].

وبناءً على ما سبق فلا يصح التعاقد بين الطبيب والمريض على أمر محرم، ولا يجوز للمريض أن يأذن فيه، ولا أن يُمَكِّن الطبيب من فعله، كذلك لا يجوز للطبيب أن يقدم على فعل المحرم، ويكون عجزه عن ذلك من باب العجز الشرعي لا العجز الحسي[٦]، والقاعدة: أن

---

(١) ينظر: منح الجليل (٧/ ٤٩٤) - الوسيط (٤/ ١٦٣) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٤).

(٢) ينظر: القواعد الفقهية للمسائل الطبية (٢/ ٥٣٠).

(٣) ينظر: الجراحة التجميلية، صالح الفوزان ص٩٤.

(٤) ينظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم (٧٢/ ١٠/ ١٨) في دورته (١٨) المنعقدة في ماليزيا لعام (١٤٢٨هـ) - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٤٣.

(٥) ينظر: التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، متولي، (١/ ٣٠) - التداوي بالمحرمات، ياسين الخطيب (١/ ٦٢٤).

(٦) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ١٣١.

المعدوم شرعاً كالمعدوم حقيقة[(١)].

وقد نص الفقهاء ﷺ على اعتبار هذا الشرط في الإجارة على فعل الجراحة، وذكروا أنواعاً من الجراحات لا يصح عقد الإجارة على فعلها، ومن أمثلة ذلك: قلع سن صحيحة، أو قطع يد صحيحة، أو عضو سليم من آدمي لغير حاجة؛ للعجز الشرعي في ذلك كله[(٢)].

وكل عمل طبي إذا كان غير مباح في ذاته، أو كان يؤدي إلى الوقوع في ارتكاب المحرم فلا يصح الاستئجار لفعله، سواءً كان فحصاً، أم تشخيصاً، أم علاجاً، فلا يصح لمريض أن يكشف عورته عند طبيب لغير حاجة أو ضرورة، كما لا يصح له أو لغيره ممن يقوم مقامه استئجار طبيب لعمل جراحة محرمة، أو الجراحات التحسينية التي لا تدعو لها حاجة ولا ضرورة[(٣)]، كما لا يصح إجراء العقد الطبي على التداوي بالنجاسات، أو الخمور، أو المستقذرات، أو غيرها من المحرمات لغير ضرورة أو حاجة.

الشرط الثالث: أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه.

ويقصد بذلك: أن يكون المعقود عليه من عين أو منفعة يمكن تحققه، وتسليمه دون حائل أو عائق[(٤)].

وهذا شرط نص عليه الفقهاء في عقدي البيع والإجارة دون الجعالة.

---

(١) ينظر: قواعد الفقه، المقري ص١٢٩.

(٢) ينظر: عقد الجواهر (٢/ ٨٤٢) - التاج والإكليل (٧/ ٥٤٥) - منح الجليل (٧/ ٤٩٤) - الحاوي (٧/ ٣٩٤) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩) - المغني (٥/ ٤٠١) - كشاف القناع (٤/ ١٤).

(٣) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص٤١٥ - العقد الطبي المبارك ص١٣٤- القواعد الفقهية للمسائل الطبية (٢/ ٥٣٠)

(٤) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص ٤٧.

وهذا الشرط تدل عليه الأدلة التالية:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ[1] وَالْأَنصَابُ[2] وَالْأَزْلَامُ[3] رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

وجه الدلالة: أن العقد على ما لا يقدر على تسليمه فيه مخاطرة، والمخاطرة من صفات الميسر، والميسر سبب في إيقاع العداوة والبغضاء؛ لقبحه، وكراهته، ولذا أمر الله باجتنابه، وترك العمل به[4].

الدليل الثاني: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر)[5].

وجه الدلالة: أن الحديث تضمن النهي عن بيع الغرر، ، والنهي عن بيع الغرر أصل عظيم في كتاب البيوع[6]، وصيغة النهي تدل على التحريم[7]، وما لا يقدر على تسليمه داخل في الغرر؛ لأنه مستور العاقبة، لا يدري المتعاقد هل يحصل عليه أم لا ، وهذا حقيقة الغرر[8].

---

(١) الميسر: القمار، والضرب بالقداح. ينظر: غريب القرآن، ابن قتيبة ص١٤٥ - معاني القرآن، الزجاج (٢/ ٢٠٣).

(٢) الأنصاب: حجارة كانوا يعبدونها في الجاهلية. ينظر: غريب القرآن، ابن قتيبة ص١٤٥- معاني القرآن (٢/ ١٤٦).

(٣) الأزلام: القداح، والاستقسام بها أن يضرب بها ثم يعمل بما يخرج فيها من أمر أو نهي. ينظر: تفسير غريب القرآن، ابن قتيبة ص١٤١ - معاني القرآن، الزجاج (٢/ ١٤٦).

(٤) ينظر: تفسير ابن جرير (١٠/ ٥٦٤) - مفاتيح الغيب، الرازي (١٢/ ٤٢٣) - الجامع لأحكام القرآن (٦/ ٢٨٨) - مسائل الإجماع في عقود المعاوضات المالية، علي الخضير ص٢٣١.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص١٨٩.

(٦) ينظر: شرح النووي على مسلم (١٠/ ١٥٦).

(٧) ينظر: تيسير التحرير (١/ ٤٦٩) - الضروري ص٧٦ - البحر المحيط (٢/ ١٥٣) - المسودة ص٢٦٤.

(٨) ينظر: الغرر وأثره في العقود، الضرير ص٢٩٨.

الدليل الثالث: الإجماع، فقد حُكِيَ إجماع العلماء على منع بيع العبد الهارب، والجمل الشارد، والطير في الهواء[(١)]، واتفقوا على أن المنافع في عقد الإجارة يجب أن تكون مقدورة التسليم، فلا يصح استئجار العبد الهارب، ولا البهيمة الشاردة، ونحوها[(٢)].

والقدرة على التسليم في عقد الإجارة تشمل جانبين:

الجانب الأول: القدرة الحسية، وتتحقق بملك الأصل والمنفعة، ورفع الموانع التي تحول دون الانتفاع بالمعقود عليه، واستدامة الانتفاع به بعد التسليم إلى حين انتهاء العقد، فلا يصح إجارة بهيمة زَمِنَة[(٣)] لحمل، ولا أرض لا تنبت أو لا ماء بها للزرع، ولا أمي للكتابة، ولا استئجار شخص ليقوم بتدريس الطب وهو يجهله؛ لأن الإجارة عقد على المنفعة، ولا يمكن تسليم المنفعة من هؤلاء[(٤)].

الجانب الثاني: القدرة الشرعية، وتتحقق بكون المنفعة مما يمكن

---

(١) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٤٢٣) - الاستذكار (٦/ ٤٥٥) - المعلم بفوائد مسلم (٢/ ٢٤٤) - شرح الخرشي على خليل (٥/ ٦٩) - الفواكه الدواني (٢/ ٨٠) - شرح النووي على مسلم (١٠/ ١٥٦) - طرح التثريب (٦/ ١٠٥) - المغني (٤/ ١٥١)- نيل الأوطار (٥/ ١٧٥) - سبل السلام (٢/ ١٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٧) - الهداية (٣/ ٢٣٨) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١١) - الذخيرة (٥/ ٤١١) - مواهب الجليل (٥/ ٤٢٢)- حاشية الدسوقي (٤/ ١٩) - نهاية المطلب (١٧/ ٤٧٧) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٩)- مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧) - الشرح الكبير (٦/ ٣٧) - المبدع (٤/ ٤٢٠) - كشاف القناع (٣/ ٥٦٤)

(٣) الزمانة: المرض الدائم. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف ص٣٨٨ - المعجم الوسيط (١/ ٤٠١).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٥) (٤/ ١٨٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٦) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١١) - عقد الجواهر (٢/ ٨٤٢) - التاج والإكليل (٧/ ٥٤٥) - الشرح الكبير (٤/ ١٩) - نهاية المطلب (١٧/ ٤٧٧) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٩) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٧١) - المبدع (٤/ ٤٢١) - كشاف القناع (٣/ ٥٦٥) - شرح المنتهى (٢/ ٢٥٣) - الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص٨٨ - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٩/ ١١٩).

تسليمها بوجه شرعي سائغ، فلا يجوز استئجار حائض لكنس المسجد، ولا كافر لعمل في الحرم، ولا يصح استئجار شخص لتعليم السحر والفحش، ولا إنسان ليقتل نفساً دون حق، عملاً بقاعدة العجز الشرعي كالعجز الحسي(١).

وهذان الجانبان في القدرة على التسليم لا بد من تحققهما في العقد الطبي.

والقدرة الحسية في العقد الطبي تتحقق بكون الطبيب مالكاً للمنفعة الطبية، قادراً على إيصالها(٢).

وهذا يشمل أمرين:

الأمر الأول: أن يكون الطبيب عالماً بطرائق العلاج، عارفاً بالعمل الطبي، وهذا المعنى يخرج به الطبيب الجاهل؛ لأنه غير قادر على إيصال المنفعة، فيكون غير مالك لها ابتداءً، وفاقد الشيء لا يعطيه.

الأمر الثاني: أن يكون الطبيب قادراً على إيصال العمل الطبي إلى المريض، ويخرج بهذا الطبيب العاجز عن مباشرة العلاج، كالطبيب الذي أصيبت يداه فعجز عن مباشرة الجراحة(٣).

وهذا الأمر يتحقق في عقد الإجارة مع الطبيب إذا كان العقد معه

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/ ٧٢) - بدائع الصنائع (٤/ ١٨٧) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١١) - عقد الجواهر (٢/ ٨٤٢) - التاج والإكليل (٧/ ٥٤٥) - منح الجليل (٧/ ٤٩٤) - الحاوي (٧/ ٣٩٤) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٤)- مغني المحتاج (٣/ ٤٤٨-٤٤٩) - المغني (٥/ ٤٠١) - كشاف القناع (٣/ ٥٦٥)- مطالب أولي النهى (٣/ ٦٢٩) - الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٨٨ - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٩/ ١١٩).

(٢) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٣٧.

(٣) ينظر: المصدر السابق ص١٣٧ - ١٣٨.

يقتضي أن يتولى العمل الطبي بنفسه، وهو ما يسمى بإجارة العين، أما عندما يلتزم الطبيب في ذمته أن يتولى تنفيذ العمل الطبي الذي جرى الاتفاق عليه بنفسه أو بغيره فإن القدرة تعتبر حاصلة ومتحققة(١).

أما القدرة الشرعية في العقد الطبي فتتحقق إذا كانت المنفعة مما يستطيع الطبيب تقديمها للمريض بوجه شرعي سائغ، فخرج بذلك إذا كان الطبيب لا يستطيع أن يقدم المنفعة لمانع شرعي، كأن يتم التعاقد معه على قطع يد صحيحة من إنسان، أو قلع سن صحيحة في غير حكم شرعي؛ لأن الطبيب لا يقدر على فعله من غير أن يلحقه إثم شرعي، فالشارع ينهاه ويمنعه من ذلك(٢).

الشرط الرابع: أن يكون المعقود عليه له قيمة مالية.

ويقصد بذلك: أن يكون للمنفعة المعقود عليها قيمة مالية تتقوم بها، ويبذل المال عوضاً عنها(٣).

ويدل على هذا الشرط الأدلة التالية:

الدليل الأول: عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: (إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات، ووأد البنات، ومنع وهات، وكره لكم: قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال)(٤).

وجه الدلالة: أن الحديث تضمن النهي عن إضاعة المال، وذلك بإنفاقه في غير وجهه المأذون فيه شرعاً، وصرفه في غير حقه، فدلَّ على

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٣٨.
(٢) ينظر: المصدر السابق ص١٣٩.
(٣) ينظر: إعانة الطالبين (٣/ ١٣١) - السراج الوهاج، الغمراوي ص٢٨٨.
(٤) الحديث سبق تخريجه ص١٩٨.

أن بذل المال فيما لا قيمة له يعد من إضاعته(١).

الدليل الثاني: الإجماع حكاه ابن تيمية بقوله: " والعين والمنفعة التي لا قيمة لها عادة: كالاستظلال بجدار الغير، والنظر في سراجه، لا يصح أن يرد عليها عقد بيع أو إجارة اتفاقا "(٢)، واتفق الفقهاء على هذا الشرط واعتبروه(٣).

الدليل الثالث: أن الإجارة إنما شرعت لحاجة الناس إليها، وما لا قيمة له لا حاجة بالناس إليه، ولا يحسن بذل المال في مقابلته(٤).

وتسقط القيمة عن المنافع لسببين(٥):

السبب الأول: إذا كانت المنفعة محرمة؛ لأن المنفعة المحرمة لا قيمة لها شرعاً، ويعتبر وجودها كعدمها.

السبب الثاني: إذا كانت قيمة المنفعة قليلة أو تافهة، فلا يجوز بذل المال في مقابلتها، وذلك كمن يستأجر تفاحة لشمها، أو شجرة لتجفيف الثياب عليها، ونحو ذلك(٦).

---

(١) ينظر: الاستذكار (٨/ ٥٨٠) – المسالك في شرح موطأ مالك (٧/ ٥٨٧) – شرح النووي على مسلم (١٢/ ١١) - مسائل الإجماع في عقود المعاوضات المالية ص٦٩١.

(٢) الفتاوى الكبرى، ابن تيمية (٥/ ٣٩٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٢) - البحر الرائق (٧/ ٢٩٨) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥) - عقد الجواهر (٢/ ٨٣٩) - الذخيرة (٥/ ٤٠٠) - مواهب الجليل (٥/ ٤٢٢) - الوسيط (٤/ ١٥٧) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٧)- مغني المحتاج (٣/ ٤٤٥) - شرح المنتهى (٢/ ٢٤٨) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٠١).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٢) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٦).

(٥) ينظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢/ ٤٠٦) - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الدبيان (٩/ ٨٥).

(٦) هذه الأمثلة مما اختلف الفقهاء في قيمتها المالية، فمن رأى أن لها قيمة مالية أجاز التعاقد عليها، ومن رأى أنه لا قيمة لها منع ذلك. ينظر: بدائع الصنائع(٤/ ١٩٢)(٤/ ١٩٣) – البحر =

والعقد الطبي يجري عليه حكم هذا الشرط، فيجب أن يكون للعمل الطبي المراد فعله قيمة مالية معتبرة يصح بذل العوض لأجلها، وتسقط القيمة المالية عن العمل الطبي للسببين المذكورين، فإذا كان العمل الطبي محرماً لم يصح بذل المال فيه؛ كمن يقلع سناً صحيحة، أو يقطع يداً سليمة، أو يجري جراحة محرمة،، كما تسقط القيمة المالية إذا كان العمل الطبي قليلاً أو تافهاً، ومن أمثلة ذلك: كلام الناس ونصحهم الذي لا يقابل بعوض، ولا ينفرد به أحد، والذي لا تعب فيه، ولا مشقة في بذله، كمن ينصح باستعمال أدوية معينة، أو أعشاب محددة؛ فإن هذا مما لا قيمة له مقصودة يحسن بذل المال عوضاً عنها[(١)].

وفي ذلك يقول الإمام الغزالي رحمه الله: " وإن كان - أي العمل - مباحاً لا واجباً ولا حراماً، وكان فيه تعب بحيث لو عرف لجاز الاستئجار عليه، فما يأخذه حلال...... وكان بحيث يحتاج إلى تعب وعمل متقوم....، وان كان مقصوده يحصل بكلمة لا تعب فيها...... فهذا حرام......، ويقرب من هذا أخذ الطبيب العوض على كلمة واحدة، ينبه بها على دواء ينفرد بمعرفته، كواحد ينفرد بالعلم بنبت يقلع البواسير[(٢)] أو

= الرائق (٧/ ٢٩٨) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١١) - الذخيرة (٥/ ٤٠٠) - مواهب الجليل (٥/ ٤٢٢) - حاشية الدسوقي (٤/ ١٩ - نهاية المطلب (٨/ ٧٠) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٦) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٥) - كشاف القناع (٣/ ٥٥٩)(٣/ ٥٦٢) -شرح المنتهى (٢/ ٢٤٨) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٠١).

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٤٠.

(٢) البواسير: قروح غائرة، تحدث بالمقعدة، تتفتح معها عروقها، فتجري مادتها، ويسيل منها الصديد، وتنقسم إلى نافذة وغير نافذة. وهو في الطب: عبارة عن دوالٍ في الأوردة الصغيرة في منطقة الشرج، يحتقن فيها الدم عند حدوث تباطؤ في الدورة الدموية في تلك المنطقة بسبب الحمل، أو احتقان البروستاتا، أو الإصابة بالإمساك. ينظر: مواهب الجليل (١/ ٢٠٦) - التعاريف ص١٢٩ - المطلع ص٣٩٤ - الموسوعة الصحية، بابللي ص١٣١ - موسوعة صحة العائلة ص ٤٩٧.

غيره، فلا يذكره إلا بعوض، فإن عمله بالتلفظ غير متقوم،كحبة من سمسم، فلا يجوز أخذ العوض عليه، ولا على علمه، إذ ليس ينتقل علمه إلى غيره، وإنما يحصل لغيره مثل علمه، ويبقي هو عالماً به، ودون هذا الحاذق في الصناعة: كالصيقلى مثلاً الذي يزيل اعوجاج السيف أو المرآة بدقة واحدة؛ لحسن معرفته بموضع الخلل ولحذقه بإصابته، فقد يزيد بدقة واحدة مال كثير في قيمة السيف والمرآة، فهذا لا أرى بأساً بأخذ الأجرة عليه؛ لأن مثل هذه الصناعات يتعب الرجل في تعلمها، ليكتسب بها، ويخفف عن نفسه كثرة العمل "[١].

ومقتضى كلامه رحمه الله أن عدم المشقة موجب لسقوط العوض، ويكون هذا في حالة ما إذا التقى الطبيب مع المريض في مجلس، وتحدثا حديثاً عاماً، وصف الطبيب فيه للمريض نوعاً من العلاج، بخلاف ما لو ذهب المريض إلى الطبيب وعرض نفسه عليه، وطلب منه العلاج فإن بذل المريض للعوض يكون واجباً؛ لأن الطبيب قدم له منفعة ذات قيمة مالية، تعب في تحصيلها، فاستحق العوض عليها[٢].

---

(١) إحياء علوم الدين (٢/ ١٥٥). وينظر: مغني المحتاج (٣/٤٤٦) -حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢/٤٠٦).

(٢) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ١٤١ -١٤٢.

المبحث الثاني

الشروط الخاصة في العقد الطبي

الشروط الخاصة في العقد الطبي أبرزها ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الطبيب مؤهلاً علمياً لممارسة العمل الطبي.

من المعلوم شرعاً أنه لا يتولى أحد ولاية إلَّا إذا كان أقوم الناس بجلب مصالحها ودرء مفاسدها[(١)]، وعمل الطبيب من أجل الولايات الدينية بعد ولاية الدين، فتعين أن يكون المتصدر للتطبيب ماهراً ومتخصصاً في فنه، وعالماً به[(٢)].

ويتحقق ذلك بأمرين إجماليين:

الأمر الأول: الجانب النظري:

ويقصد به التعلم، فإن الطبيب يجب عليه ألَّا يقدم على العمل الطبي إلا بعد أن يكون عالماً به، وبمراحله، وكافة تفاصيله، وقد نص الفقهاء على أهمية التعلم، واعتبروه شرطاً لقيام الطبيب بعمله الطبي، وبينوا أن من تعاطى علماً أو عملاً لا يعرفه فهو متعدي[(٣)].

---

(١) ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ٧٦).

(٢) ينظر: أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٣٧.

(٣) ينظر: عمدة القاري (٢١/ ٢٢٩) - شرح زروق على متن الرسالة (٢/ ٤٠٩) - حاشية العدوي(٢/ ٤٩٠) - معالم السنن (٤/ ٣٩) - إحياء علوم الدين (٣/ ١٧) - المغني(٥/ ٣٩٨).

ولا شك أن التعلم طريق المعرفة، و أنه لا بد له من مباحثة كثيرة، وأزمنة متطاولة، ومدد متتابعة(١).

ويحصل التعلم بطرق مختلفة هي: الحس، والخبر، والنظر، وكل إنسان يستدل من هذه الطرق الثلاث، مع تفاوت في ذلك تبعاً لنوعية العلم، وطريقة اكتسابه(٢).

وقد حظي الطب لدى المسلمين باهتمام كبير، وعناية بالغة، فصار علماً مستقلاً له مناهجه، وصنعة ذات قوانين محددة، وعمل الأطباء على تفريعه، وتخصيص فروعه بالتأليف، وحركوا الهمم لمعرفته، وحثوا العزائم على تعلمه(٣).

وينبغي تعلم الطب ممن مهر فيه؛ ذلك أن الذين يعلمون الصنائع يتفاوتون في التعليم، والرجوع في كل علم أو صناعة إلى مشاهير المعلمين فيها أمر معتبر عند كل أهل أفق وجيل(٤).

قال الإمام الغزالي رحمه الله: "معرفة خواص الأدوية والعقاقير بطريق التعلم من الأطباء، إذ مجرد العقل لا يهتدي إليه"(٥).

وكان تعليم الطب يتم في المساجد، ثم خصصت له مدارس في المستشفيات الإسلامية، وكان علماء الطب إذا رأوا ضعفاً لدى طلابهم في ناحية معينة صنفوا تصانيف تسد هذا الضعف، وكانوا يطلبون منهم

---

(١) ينظر: مفاتيح الغيب، الرازي (٢/ ٣٣٠) (٢٠/ ٢٧٢) - البحر المحيط (١/ ٦٤٣).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (١٣/ ٧٥).

(٣) ينظر: الطب النبوي، الذهبي ص٢٢٨ - فضل الإسلام على الطب، صبحي سليمان ص٢٢.

(٤) ينظر: المنتقى، الباجي(٥/ ١١٧) - أبجد العلوم ص١٠٣ - تيسير اللطيف المنان، السعدي ص٤٤٧.

(٥) إحياء علوم الدين (٣/ ١٧).

إجراء الأبحاث، وحل الإشكالات، ويجرون لهم الاختبارات؛ للوقوف على مدى إلمامهم، ونتاج تحصيلهم(١).

ولا يزال التعلم وسيلة من وسائل التحصيل الطبي، وشرطاً من شروط قيام الطبيب بالعمل الطبي، وعلى ذلك سارت كليات الطب فأقرت الدراسة النظرية، واعتنت بإجراء المقابلات الشخصية، وأخذت بذلك الأنظمة والقوانين(٢).

والجانب النظري يشتمل على نوعين من العلوم: العلوم الطبية الثابتة التي لا ينفك عنها علم الطب، ولا تتغير بتغير العصر، كعلم التشريح(٣)، وطريقة العمل الجراحي، والسيطرة على النزف، والعلوم الطبية المستجدة الناتجة عن البحث العلمي الطبي وما يتوصل إليه من كشوفات، ونظريات، وأدوية، وعلى الطبيب الإلمام بها، وموافقة التقدم الطبي فيها(٤).

الأمر الثاني: الجانب التطبيقي:

ويقصد به: إخراج الجانب العلمي والمعرفي إلى الممارسة، والمباشرة، والتطبيق.

---

(١) ينظر: تنظيم صنعة الطب، جميل عطية ص٣٢٧ - إعداد الطبيب، حسني الرودي ص١٦.

(٢) ينظر: الطبيب المسلم، وجيه زين العابدين ص١٠ - آداب المهنة الطبية، طريف سرحان ص٢٤-٢٥ - نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢١/ ٢/ ١٤٠٩ه ص١١ - نظام مزاولة مهنة الصيدلة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٨) وتاريخ ١٨/ ٣/ ١٣٩٨ه ص٧.

(٣) التشريح: علم يبحث فيه عن أعضاء الإنسان، وترتيبها، وتركيبها، وفحصها، ومعرفة أحوالها، ودراسة كل جزء منها. ينظر: إتمام الدراية ص٢٠٧ - أبجد العلوم ص٣٢٢ - المعجم الوسيط (١/ ٤٧٨) - دليل الأمراض النفسية والبدنية ص٢٠٩.

(٤) ينظر: المسؤولية الطبية، رسمية شمسو ص٣١ - أهلية الطبيب، عبدالقادر جعفر (٥/ ٤٧٦٤ - ٤٧٦٥).

ويساهم في الجانب التطبيقي لدى الطبيب العناية بإجراء التجارب، فإنها تزيد العقل صحة، وتطلع على دقائق الأمور، ولا يتهيأ لطاعن أن يتكلم فيها، وغالب الطب راجع إليها، مستند إلى مقدمات صححتها التجربة، وتجارب الأطباء قد ظهر صدقها، وتبين سدادها، وقد يعرف الطبيب الأدوية بأسمائها ونعوتها، ولكنه لا يحذق ويمهر إلَّا إذا جرب(١)، والمجرب أكثر نفعاً في صناعة الطب.

وقد اهتم الأطباء المسلمون بالجانب التطبيقي، وقرروا أنه لا يكفي لتعلم الطب قراءة كتبه، بل لا بد معه من مزاولة الطب على المرضى، وبينوا أن الواجب على طالب الطب أثناء دراسته النظرية وبعدها أن يباشر أعمال الطب التطبيقية؛ ليتأكد ما درسه في الجانب النظري عن طريق الممارسة والمشاهدة والتجريب(٢).

مما سبق يتبين أن الطبيب حتى يكون مؤهلاً لممارسة العمل الطبي لا بد أن يجمع بين الجانبين: النظري العلمي المعرفي، والتطبيقي العملي التجريبي، وعلى هذا اتفق الفقهاء والأطباء.

وفي ذلك يقول الإمام العيني رحمه الله: " والطب على قسمين: أحدهما: العلم، والثاني: العمل، والعلم هو: معرفة حقيقة الغرض المقصود، وهو موضوع في الفكر الذي يكون به التدبير، والعمل: هو خروج ذلك الموضوع في الفكر إلى المباشرة بالحس، والعمل باليد "(٣).

---

(١) ينظر: الفهرست ص٤٠٠ - رسائل ابن حزم الأندلسي (٤/ ٣٥٠) - إحياء علوم الدين (١/ ٥٠) - الرد على المنطقيين ص٣٩٣ - شرح التلويح (٢/ ٣٣٥) - فتح الباري، ابن حجر (١٠/ ١٣٤) - التيسير بشرح الجامع الصغير، المناوي (٢/ ٤٩٩).

(٢) ينظر: في تاريخ الطب، عامر النجار ص٩٢-٩٣ - تعليم الطب، مريزن عسيري ص٣٩ -٤٢.

(٣) عمدة القاري (٢١/ ٢٢٩).

ويقول ابن سينا: " ليس واحد من قسمي الطب إلا علماً، لكن أحدهما علم أصول الطب، والآخر علم كيفية مباشرته، ثم يخص الأول منهما باسم العلم أو باسم النظر، ويخص الآخر باسم العمل "(١).

ويقول أحد المعاصرين: " مهنة الطب علم وفن، فالعلم يأخذه الطالب في الكلية، ويستمر يزداد منه أثناء حياته، والفن يكسبه بالخبرة، وكثرة التجارب، والعمل "(٢).

ويعرف كون الطبيب مؤهلاً لممارسة العمل الطبي بطريقين: الأول: الشهادة من أهل الاختصاص، وذلك بأن يشهد الأطباء أن للطبيب من المعرفة بعلم الطب ما يؤهله لمداواة المرضى، وإجراء الفحص والتشخيص والعلاج، والثاني: الشهرة والاستفاضة، بأن يحصل للطبيب من الشهرة بدلالة الواقع المشاهد ما يثبت معرفته وأمانته، وكثرة إصابته، وتحقق الشفاء على يده(٣).

قال الشبراملسي رحمه الله: " ويعلم كونه عارفاً بالطب بشهادة عدلين عالمين بالطب بمعرفته، وينبغي الاكتفاء باشتهاره بالمعرفة بذلك؛ لكثرة الشفاء بمعالجته "(٤).

الشرط الثاني: أن يكون الطبيب مأذوناً له بممارسة العمل الطبي:

وهذا الشرط يتضمن ثلاثة أنواع من الإذن:

---

(١) القانون في الطب (١/ ٢١).

(٢) الطبيب المسلم، وجيه زين العابدين ص١٣.

(٣) ينظر: معالم القربة، ابن الأخوة ص١٧١ - جواهر العقود، الأسيوطي (٢/ ٣٧٧-٣٧٨) - حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٨/ ٣٥) - حواشي تحفة المحتاج (٩/ ١٩٧) - فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم (٨/ ١٠٥) - التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص٢٦١-٢٦٣.

(٤) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٨/ ٣٥). وينظر: حواشي تحفة المحتاج (٩/ ١٩٧).

النوع الأول: إذن الشارع، ويراد به: أن يكون العمل الطبي المأذون فيه مشروعاً، لا محرماً، وقد تقدم الكلام على هذا عند الحديث عن شروط المعقود عليه في العقد الطبي، وقد نص عليه الإمام ابن القيم[(١)] رحمه الله، وقال: "لا يجوز له - أي للطبيب - الإقدام على قطع عضو، لم يأمر الله ورسوله بقطعه، ولا أوجب قطعه، كما لو أذن له - أي: المريض - في قطع أذنه، أو إصبعه، فإنه لا يجوز له ذلك، ولا يسقط الإثم عنه بالإذن"[(٢)].

فإذن الشارع شرط أساسي لإباحة العمل الطبي؛ لأن الأصل أن جسد الإنسان ملك لله تعالى، فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذن مالكه سبحانه، والعقد الطبي من الحقوق المشتركة بين الخالق عز وجل وبين العبد، وحق الله تعالى فيه هو الأغلب، فحقه سبحانه في سلامة المريض وحماية جسده يرجح على حق المريض في ذلك، وليس للعبد أن يتصرف إلا بما أذن الله له بالتصرف فيه، وفي الحدود التي أُذِن له فيها[(٣)].

النوع الثاني: **إذن الحاكم، أو من يمثله**؛ لأن الإمام محل الرحمة والشفقة برعيته، وعليه أن يتوخى مصلحتهم، وأن يحرص على وقاية أجسامهم، وأن يضع التراتيب الإدارية المنظمة لعمل الأطباء[(٤)].

ويدل على ذلك ما جاء في الحديث عن زيد بن أسلم رضي الله عنه أن

---

(١) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٢٨).

(٢) تحفة المودود ص١٦٧.

(٣) ينظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم (٧٢/ ١٠/ ١٨) - الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٤٣ - العقد الطبي، قيس المبارك ص٦١ - الجراحة التجميلية، الفوزان ص٩٤ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٤٣.

(٤) ينظر: الجريمة والعقوبة، أبو زهرة ص٣٥٢ - العقد الطبي، قيس المبارك ص٦٤.

رجلاً في زمان رسول الله ﷺ أصابه جرح، فاحتقن الجرح الدم[(١)]، وأن الرجل دعا رجلين من بني أنمار، فنظرا إليه، فزعما أن رسول الله ﷺ قال لهما: (أيكما أطب؟)، فقالا: أو في الطب خير يا رسول الله؟ فزعم زيد أن رسول الله ﷺ قال: (أنزل الدواء الذي أنزل الأدواء)[(٢)].

فالحديث تضمن البحث عن حال الرجلين، ومعرفتهما بالطب؛ لأنه لا يصلح للعلاج إلا من له معرفة بالطب، وأن على الإمام أن يتحقق من ذلك[(٣)].

وقد نص المالكية على ذلك بما نقلوه عن الإمام مالك من قوله: " وليتقدم إليهم الإمام في قطع العروق وشبه ذلك: أن لا يتقدم أحد منهم على مثل هذا إلا بإذنه، وينهوا عن الأشياء المخوفة التي يتقى منها الهلاك، ولا يتقدموا فيها إلا بإذن الإمام "[(٤)]، وقوله: " وإني لأرى للإمام أن لو نهى هؤلاء الأطباء عن الدواء إلا طبيباً معروفاً "[(٥)].

وبين الفقهاء أن للحاكم أن يمنع من يتعاطى علم الطب، ولا يأذن له حتى يصح عنده أنه أهل لذلك[(٦)]. وبذلك يتبين أن الشريعة الإسلامية وسائر الأنظمة المرعية لا تبيح العمل الطبي إلا إذا كان الطبيب يحمل

---

(١) احتقن الجرح الدم: أي: كان الدم ناتجاً عن الجرح، والمعنى: أضر به ذلك، وخيف عليه منه. ينظر: المنتقى (٧/ ٢٦١) - الاقتضاب في غريب الموطأ (٢/ ٤٨٥).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٧٤.

(٣) ينظر: المنتقى، الباجي (٧/ ٢٦١).

(٤) النوادر والزيادات (١٣/ ٥٠٩) - البيان والتحصيل (٩/ ٣٤٨) - عقد الجواهر (٣/ ٣٥١) - الذخيرة (١٢/ ٢٥٧).

(٥) البيان والتحصيل (٩/ ٣٦٨) - الذخيرة (١٣/ ٣٠٧).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٦٩) - البناية (١١/ ٧٥) - البيان والتحصيل (٩/ ٣٤٨) - تنبيه الحكام ص٣٥٤.

ترخيصاً طبياً يمكنه من ممارسة عمله الطبي، يصدر من الحاكم، أو من ينيبه من الجهات المعنية كوزارة الصحة، أو المجالس والهيئات الطبية، لمن كان يحمل المؤهل العلمي الطبي، من جهة أو مؤسسة علمية متخصصة في تدريس العلوم الطبية، وكان موثوقاً في كفاءته، وتحققت فيه الشروط المطلوبة(١).

وقد نصت المادة الثانية من نظام مزاولة المهن الصحية على ذلك، حيث جاء في الفقرة الأولى منها: " يحظر ممارسة أي مهنة صحية إلَّا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الوزارة "(٢)

النوع الثالث: إذن المريض، أو من يقوم مقامه.

ويقصد به: موافقة المريض، أو وليه على الإجراءات الطبية اللازمة لعلاجه(٣).

وهذا الإذن شرط لقيام الطبيب بعمله الطبي، وهو راجع إلى إذن الشارع بالتداوي عموماً، ولا يصح إلا فيما يجوز شرعاً، ومما يدل على مشروعية الإذن الطبي حديث عائشة رضي الله عنها قالت: لددنا رسول الله ﷺ في مرضه، وجعل يشير إلينا (لا تلدوني)، قالت: فقلنا: كراهية المريض بالدواء، فلما أفاق قال: (ألم أنهكم أن تلدوني)، قال: قلنا: كراهية

---

(١) ينظر: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٤٧ - التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص٢١٢ - المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قائد ص١٣٥ - مسؤولية الطبيب والجراح، محمد سويلم ص٧٢ - ضمان التلف في عمل الطبيب في ميزان الشريعة، تمام اللودعمي ص٢٢٣ - ضمان الطبيب في الشريعة والقانون، وليد هويمل ص١٠.

(٢) ينظر: نظام مزاولة المهن الصحية ولائحته التنفيذية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥٩ وتاريخ ٤/ ١١/ ١٤٢٦هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار معالي وزير الصحة رقم (٣٩٦٤٤/ ١/ ١٢) وتاريخ ١٤/ ٥/ ١٤٢٧هـ ص١٠.

(٣) ينظر: أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٢٧.

للدواء، فقال رسول الله ﷺ: (لا يبقى منكم أحد إلا لُدَّ، وأنا أنظر إلا العباس؛ فإنه لم يشهدكم)[١].

واشتراط إذن المريض أو من يقوم مقامه تتابع الفقهاء على اعتباره، وبينوا أن انتفاءه موجب للمسؤولية[٢].

وإذن المريض أو من يقوم مقامه قد يكون إذناً مطلقاً، أو مقيداً، كما قد يكون إذناً شفوياً، أو مكتوباً، أو إذناً بالإشارة، أو غيرها من أنواع الإذن الطبي[٣].

ويسقط إذن المريض أو وليه في الحالات التالية:

الحالة الأولى: الحالات الخطرة التي تهدد حياة المريض بالموت، أو بتلف عضو من أعضائه، ويكون فيها فاقداً للوعي، أو لا تسمح حالته النفسية بأخذ إذنه، ولا يكون وليه حاضراً لأخذ الإذن منه، ومن أمثلة ذلك: جراحات حوادث السيارات الخطرة، والتهاب الزائدة الدودية التي يخشى انفجارها.

الحالة الثانية: الحالات التي تقتضي المصلحة العامة معالجتها، كالأمراض السارية المعديةالتي يشتد خطرها على المجتمع، فيكون من حق الدولة فرض التداوي، حفاظاً على المجتمع، ورعاية لمصلحته،

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص ١٨١.

(٢) ينظر: البحر الرائق (٨/ ٣٣) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٩٨) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤٩٩) - التاج والإكليل (٨/ ٤٣٩) - مواهب الجليل (٨/ ٤٣٩) - الشرح الكبير (٤/ ٣٥٥) - روضة الطالبين (١٠/ ١٨٥) - تحفة المحتاج (٩/ ١٩٧) - أسنى المطالب (٤/ ١٦٦) - المغني (٥/ ٣٩٨) - الإنصاف (٦/ ٧٥) - كشاف القناع (٤/ ٣٥).

(٣) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص١٦١ - التداوي، المبارك ص١٩٨ - الإذن في العمليات الطبية، الجبير ص٢٣-٢٤ - أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٤٠-٤٤ - الإذن في العمليات الجراحية، الشيخ ص١٥٠- ١٥٤.

وإعمالاً لقاعدة: يحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام[(١)].

الحالة الثالثة: الحالات اليسيرة التي جرى العرف فيها بالمسامحة[(٢)].

الشرط الثالث: التزام الطبيب بالأصول العلمية للمهنة الطبية.

ويقصد بها: الأصول الثابتة، والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي[(٣)].

فهي أصول معروفة عند أهل العلم، لا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها، ممن ينتسب إلى عملهم، أو فنهم، والواجب أن يكون العمل الطبي وفق ما اعتاد عليه أهل الخبرة والصنعة والمعرفة[(٤)].

وهذه الأصول العلمية الطبية تشمل: العلوم النظرية التي اتفق أهل الفن من الأطباء على استخدامها في العلاج كالأدوية والجراحة ونحوها، والعلوم العملية التطبيقية كطريقة إجراء العمليات الجراحية، كما تشمل العلوم الثابتة التي أقرها علماء الطب قديماً وحديثاً، والعلوم والمعارف

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٨٧- قواعد الفقه، البركتي ص١٣٩ - شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص١٩٧.

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص١٧٢ - التداوي، المبارك ص٢١١ - الإذن في إجراء العمليات الطبية، الجبير ص٦٨- أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٤٩-٥١ - الإذن في العمليات الجراحية، الشيخ ص١٥- ١٥٤.

(٣) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قائد ص١٦٤- أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٢١ - التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص١٦٨.

(٤) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قائد ص١٦٣- أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٢١ - المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، شديفات ص١٢٦ - مسؤولية الأطباء الجنائية، مصباح محمود ص٣٠٨.

المستجدة الصادرة من جهة معتبرة، وشهد لها أهل الخبرة بالكفاءة وإمكانية التطبيق(١).

واتباع الأصول العلمية للمهنة الطبية أمر معتبر عند الفقهاء عبروا عنه بألفاظ مختلفة، وصيغ متنوعة منها: الموضع المعتاد(٢)، والفعل أو القدر المعهود(٣)، والحد المعلوم في الطب عند أهل المعرفة(٤)، وفعل ما يفعله مثله(٥)، وفعل الفعل على وجه الصواب(٦)، وإعطاء الصنعة حقها(٧)، وعدم التجاوز(٨)، وعدم المخالفة(٩)، والالتزام بأوضاع الطب المعتبرة، وقوانينه المحررة(١٠).

وفي ذلك يقول الإمام الشافعي رحمه الله: "وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يبيطر دابته، فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله، مما فيه الصلاح للمفعول به، عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا

---

(١) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قائد ص١٦٣- أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٢١.

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٣) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٥) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٨) - شرح الخرشي (٨/ ١٥).

(٣) ينظر: لسان الحكام ص٢٩٢ - مجمع الضمانات ص٨٧ - المنتقى، الباجي (٧/ ٧٦).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٣٥٥).

(٥) ينظر: النوادر والزيادات (١٣/ ٥٠٩) - الأم (٦/ ١٨٥) - تحفة المودود ص١٩٥.

(٦) ينظر: عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٣٥٢) - جامع الأمهات ص٥٢٥ - العقد المنظم للحكام، ابن سلمون ص٤٣٦.

(٧) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٣٠).

(٨) ينظر: البحر الرائق (٨/ ٣٣) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩) - البيان والتحصيل (٧/ ٥١٦) - الذخيرة (١٢/ ٢٥٧) - التاج والإكليل (٧/ ٥٦٠) - نهاية المطلب (٨/ ١٦٢) - المغني (٥/ ٣٩٨) - المبدع (٤/ ٤٤٧).

(٩) ينظر: النوادر والزيادات(١٣/ ٥٠٩) - عقد الجواهر(٣/ ٣٥١) - التاج والإكليل(٨/ ٤٣٩).

(١٠) ينظر: جواهر العقود (٢/ ٣٧٨) - الراحة في أعمال الجراحة، أحمد جراحباشي ص٣.

ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح، وكان عالماً به فهو ضامن"[١].

ويفهم من عبارات الفقهاء التركيز على قضيتين:

الأولى: ثبوت المعرفة الطبية بين خبراء الأطباء، ممن سبر أغوار الصنعة، وأحاط بمصادرها المعرفية.

الثانية: اشتهار المعرفة الطبية، وجريانها مجرى الأصل المقرر مهنياً، فمن لم يطلع عليها اعتبر مقصِّراً[٢]

ومما يدل على أهمية الالتزام بالأصول العلمية للمهنة الطبية: أن الفقهاء جوزوا نقض حكم القاضي إذا خالف قواعد الشرع وأصوله، والطبيب كالقاضي لا يصح تصرفه إذا خالف قواعد الطب وأصوله، ويجمع بينهما اشتراك قواعد الشرع وقواعد الطب في أنها نتاج عقول البشر وأفهامهم، وأن قوتها في الدلالة على المعاني واحدة[٣].

ويتضمن هذا الشرط: أن يجتنب الطبيب التعدي أو التفريط في العمل الطبي.

والمراد بالتعدي: مجاوزة ما ينبغي الاقتصار عليه، شرعاً، أو عرفاً، أو عادة[٤]، فهو يطلق على مجاوزة الشيء إلى غيره، وما له به حق إلى ما ليس له به حق[٥]، والتصرف في الشيء بغير إذن[٦]،

---

(١) الأم (٦/ ١٨٥).

(٢) ينظر: التكييف الفقهي للخطأ الطبي، عبدالجليل ضمرة وسعيد العبري (٥/ ٤٦٦٤).

(٣) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص١٧٦.

(٤) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص١١٧.

(٥) ينظر: شمس العلوم (٧/ ٤٤٢٤) - معجم لغة الفقهاء ص١١٤.

(٦) ينظر: شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٦٨).

واستعمال الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي[1].

وقيل: التعدي: فعل ما لا يجوز من التصرفات والاستعمالات[2].

وأما التفريط فهو: التقصير في الشيء حتى يضيع ويفوت[3]، والإهمال الذي يتسبب عنه فقد أو فوات الشيء أو بعضه[4]، واستعمال الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي[5].

وقيل: التفريط: ترك ما يجب من الحفظ[6].

وبناءً على ما سبق يمكن أن يقال:

التعدي في العمل الطبي: أن يفعل الطبيب ما لا يجوز فعله من التصرفات.

ومن أمثلة ذلك: أن يقطع الطبيب عضواً سليماً، أو غير مأذون فيه، أو يقطع في غير محل القطع، أو بآلة غير صالحة ، أو يزيد في البنج عن المقدار المناسب[7].

والتفريط في العمل الطبي: أن يترك الطبيب ما يجب عليه من الحفظ، والالتزام بالقواعد والأصول الطبية.

---

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/ ٢٣٣).

(٢) ينظر: توضيح الأحكام، البسام (١/ ٦٣) (٥/ ٢٢) - الشرح الممتع (٩/ ١٤٧) (١٠/ ٢٨٧) - مختصر الفقه الإسلامي، محمد التويجري ص٧٤٩.

(٣) ينظر: المطلع ص١٧٩.

(٤) ينظر: معجم لغة الفقهاء ص١١٨.

(٥) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٣/ ٨٢) - معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص١٢٢.

(٦) ينظر: توضيح الأحكام (١/ ٦٣)(٥/ ٢٢) - الشرح الممتع (٩/ ١٤٧)(١٠/ ٢٨٧) - مختصر الفقه الإسلامي ص٧٤٩

(٧) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٨) - الشرح الكبير (٦/ ١٢٤) - تحفة المودود ص١٩٥ - كشاف القناع (٤/ ٣٥) - نيل المآرب (١/ ٤٣٤) - أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٥٧ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٤١.

ومن أمثلة ذلك: أن يقطع الطبيب في وقت لا يصلح القطع فيه، كشدة الحر أو البرد، أو في حال ضعف الجسم ، أو أن يختار مخدراً ضعيف التأثير[١].

ويمكن أن يستدل على ذلك: بما ورد في الحديث أن النبي ﷺ قال: (أيما طبيب تطبب على قوم، لا يعرف له تطبب قبل ذلك، فأعنت[٢]، فهو ضامن)[٣].

وجه الدلالة: " أن المداوي إذا تعدى ما أمر به ضمن ما أتلف بتعديه ذلك "[٤].

والشروط الثلاثة السابقة يجب تحققها في العقد الطبي، ومتى حصل خلل في الالتزام بها قامت المسؤولية الطبية، فإن الطبيب يُسْأَل إذا لم يكن مؤهلاً علمياً، أو لم يكن مأذوناً له، أو خالف الأصول والقواعد المتعارف عليها في مهنة الطب، أو حصل منه تعدي أو تفريط، وسيرد الحديث عن ذلك بشكل مفصل في موضعه من هذا البحث بإذن الله.

---

(١) ينظر: المصادر السابقة بأرقام الأجزاء والصفحات نفسها.

(٢) أعنت: أضر بالمريض وأفسده. ينظر: عون المعبود (١٢/ ٢١٥).

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت برقم (٤٥٨٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢٧٥٩١)، وابن الأثير في جامعه برقم (٧٧٩١)، وحسن الألباني إسناده. ينظر: سنن أبي داود (٦/ ٦٤٤) - مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٤٢٠) - جامع الأصول (١٠/ ٢٣٦) - السلسلة الصحيحة (٢/ ٢٢٧).

(٤) الاستذكار (٨/ ٦٣).

الباب الثاني

تكييف العقد الطبي، وحكمه

وفيه فصلان:

الفصل الأول: تكييف العقد الطبي

الفصل الثاني: حكم العقد الطبي

"والطب على قسمين: أحدهما: العلم، والثاني: العمل، والعلم هو: معرفة حقيقة الغرض المقصود، وهو موضوع في الفكر الذي يكون به التدبير، والعمل: هو خروج ذلك الموضوع في الفكر إلى المباشرة بالحس، والعمل باليد".

عمدة القاري، العيني (٢١/٢٢٩).

الفصل الأول
تكييف العقد الطبي

وفيه تمهيد وخمسة مباحث:

تمهيد في الرابطة العقدية في العقد الطبي.

المبحث الأول: العقد الطبي عقد إجارة.

المبحث الثاني: العقد الطبي عقد جعالة.

المبحث الثالث: العقد الطبي عقد بيع.

المبحث الرابع: التكييفات الأخرى للعقد الطبي، ومناقشتها.

المبحث الخامس: التكييف الراجح للعقد الطبي، وأسباب الترجيح.

"الإجارة إذا وقعت على عمل، فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف".

البناية، العيني (١٠/٢٩٤).

"القياس أن تجري المنافع والأموال مجرى واحداً".

بداية المجتهد، ابن رشد (٤/١٥٢٢).

تمهيد

الرابطة العقدية في العقد الطبي

لا شك أن هناك علاقة عَقْدِية تربط بين الطبيب والمريض، ينشأ عنها التزامات بينهما، ويترتب عليها قيام المسؤولية الطبية.

والسؤال المثار ما نوع هذه العلاقة؟ وهل هي مندرجة تحت عقد من العقود المعروفة؟

وبالنظر إلى ما كتبه عدد من الباحثين القانونيين في العقد الطبي وعقد العلاج يتبين أنهم اختلفوا في تكييفه اختلافاً كبيراً، فمنهم من جعله عقد عمل، ومنهم من اعتبره عقد وكالة، ومنهم من اعتبره من قبيل العقود غير المسماة، وغير ذلك من التكييفات(١).

ولكن بالنظر إلى ما كتبه الفقهاء حول هذا العقد يتضح أنه لم يكن عندهم محل إشكال، أو تردد، بل قد بحثوه في أبواب الإجارة، والجعالة، وتكلموا عن مسائله، وناقشوا تفصيلاته، في كلام فقهي منتظم، وبحث علمي مؤصل.

وفي هذا الفصل عرض للرأي الفقهي في العقد الطبي، ومناقشة للتكييفات الأخرى، وحيث إن الفقهاء قد نصوا على استئجار الطبيب، وبينوا أن الأصل أن العقد الطبي عقد إجارة(٢) لذلك فإنني سأبدأ

---

(١) سيرد الحديث عن ذلك بشكل مفصل في موضعه من هذا البحث بإذن الله.

(٢) ينظر: شرح معاني الآثار، الطحاوي (١٢٦/٤) - المبسوط (٧٨/١٦) - تحفة الفقهاء =

بالحديث عن عقد الإجارة، وحكم استئجار الطبيب، وصور التعاقد بينه وبين المريض في عقد الإجارة، ولما كان العقد بين الطبيب والمريض قد يخرج في بعض صوره إلى أن يكون عقد جعالة، أو عقد بيع فإن البحث سيتناول أحكام العقد الطبي في صورة الجعالة، وكذلك في صورة البيع، ثم سأتناول التكييفات القانونية للعقد الطبي، مناقشاً لها، وأختم ذلك ببيان الرأي الراجح في تكييف العقد الطبي.

= (٢/ ٣٥٣) - البحر الرائق (٤/ ١٩٢) - الفتاوى الهندية (١/ ٥٤٩) - المدونة (٣/ ٤٣٣) - عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٨٤٢) - الذخيرة (٥/ ٤٢٣) - شرح الخرشي على خليل (٧/ ٣٠) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٥) - الوسيط (٤/ ٢٠٣) - البيان (٧/ ٣٦٥) - العزيز شرح الوجيز (٦/ ١٠٠) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٥) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٩٧) - المغني (٥/ ٤٠١) - إعلام الموقعين (١/ ٢٩١) - المبدع (٤/ ٤٣٦) - الإنصاف (٦/ ٧٥) - الإقناع (٢/ ٣٠٢) - المحلى (٧/ ٢٢).

المبحث الأول

العقد الطبي عقد إجارة

وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإجارة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الإجارة.

المطلب الثالث: مورد عقد الإجارة الطبي.

المطلب الرابع: حكم استئجار الطبيب.

المطلب الخامس: صور التعاقد بين الطبيب والمريض.

المطلب السادس: صفة إجارة الطبيب.

المطلب السابع: مدة العمل في عقد الإجارة الطبي.

المطلب الثامن: توابع العقد في عقد الإجارة الطبي.

المطلب الأول

تعريف الإجارة في اللغة والاصطلاح

الإجارة في اللغة:

" الهمزة والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى، فالأول: الكراء على العمل، والثاني: جبر العظم الكسير"[(١)]، والمعنى الجامع بينهما: أن أجرة العامل شيء يجبر حاله فيما لحقه من تعب في عمله[(٢)].

والمعنى الأول: الكراء على العمل هو المراد هنا.

والإجارة بكسر الهمزة، ويجوز فتحها وضمها، والكسر أفصح وأشهر[(٣)].

وهي مشتقة من الأجر، وفعلها: أجر، وجمع الأجر: أجور وآجار، والأجر: ما أعطيت من أجر في عمل، وتطلق في اللغة على: الثواب، والجزاء على العمل، والذكر الحسن، وعلى الكراء، والعوض، وعلى المهر[(٤)].

---

(١) مقاييس اللغة (١/ ٨٢).

(٢) ينظر: آثار عقد الإجارة ص١٩.

(٣) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم (٧/ ٤٨٥) - تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٩ - المطلع ص٣١٦.

(٤) ينظر: تهذيب اللغة (١١/ ١٢٣) - مقاييس اللغة (١/ ٨٢) - المحكم (٧/ ٤٨٥) - المطلع ص٣١٦ - لسان العرب (٤/ ١٠) - تاج العروس (١٠/ ٢٤-٢٥)- بصائر ذوي التمييز (٢/ ١٣١).

الإجارة في الاصطلاح:

عرفت الإجارة في الاصطلاح بتعاريف متعددة، ومن أبرزها ما يلي:

التعريف الأول: عقد على المنفعة بعوض، وهذا تعريف جمهور الحنفية[1].

التعريف الثاني: بيع منافع معلومة بعوض معلوم، وبهذا عرفها أكثر فقهاء المالكية[2].

التعريف الثالث: عقد على منفعة، مقصودة، معلومة، قابلة للبذل والإباحة، بعوض معلوم، وهذا تعريف جمهور فقهاء الشافعية[3].

التعريف الرابع: عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم، وبهذا عرفها أكثر فقهاء الحنابلة[4].

وبالنظر إلى التعاريف السابقة يتضح ما يلي:

أولاً: التعريفات السابقة وإن اختلفت ألفاظها إلا أنها تدور حول أن الإجارة: عقد على المنافع بعوض.

ثانياً: جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الإجارة والكراء، بل هما

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٣٥) - البدائع (٥/ ١٨٠) - الهداية (٣/ ٢٣٠) - المغرب (١/ ٢٨) - أنيس الفقهاء ص٩٦.

(٢) ينظر: المنتقى (٥/ ١٣٢) - شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥١٦) - مواهب الجليل(٥/ ٣٨٩) - البهجة (٢/ ٢٨٩) -

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٨/ ٦٥) - كفاية النبيه (١١/ ٢٠٢) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٣) - مغني المحتاج (٣/ ٤٣٨).

(٤) ينظر: شرح الزركشي (٤/ ٢١٦) - المبدع (٤/ ٤٠٦) - الإنصاف (٦/ ٣) - الإقناع (٢/ ٢٨٣).

عندهم بمعنى واحد، أما المالكية فيفرقون بين ذلك، فيخصون منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع المتملكات باسم الكراء[١].

ثالثاً: بعض التعاريف السابقة غير مانعة كالتعريف الأول والثاني، حيث يدخل فيهما عقد النكاح، وكذلك المنافع المحرمة كمن استأجر طبيباً لقلع سن صحيحة، ويدخل فيهما وفي التعريف الرابع المنافع التافهة وغير المقصودة كمن استأجر تفاحة لشمها، أو ثياباً للتباهي بها، ويدخل في التعريفين الأول والثاني المنافع المجهولة كالجعالة، ويدخل فيها بيع الممر وعلو الدار مما ليس بإجارة[٢].

رابعاً: بعض التعاريف السابقة توسعت في ذكر بعض الشروط، والقيود، والأنواع، مما لا حاجة لذكره

ولذلك فتعريف الإجارة المختار:

عقد معاوضة، على منفعة، معلومة، مباحة، مقصودة، مدة معلومة، بعوض معلوم.

عقد معاوضة: يخرج عقود التبرعات كالوقف، والوصية، ونحوها.

على منفعة: يخرج العقد على العين كالبيع، ونحوه، والمنفعة تشمل منفعة العين كسكنى الدار، وركوب الدابة، ومنفعة العمل المستفادة من الأجير كالخياطة، والبناء، والطب.

معلومة: يخرج المنفعة المجهولة، كما في عقد الجعالة، فإن الجعالة تصح على نفع مجهول القدر، كرد بهيمة ضالة، وحفر بئر، ونحوها.

---

(١) ينظر: القوانين الفقهية ص٢٩٩ - مواهب الجليل (٥/ ٣٨٩) - منح الجليل (٧/ ٤٣٢).

(٢) ينظر: تكملة فتح القدير (٧/ ١٤٥) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢) - حاشية الصاوي (٤/ ٦) - شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/ ٢١٦) - الإنصاف (٦/ ٣) - المبدع (٤/ ٤٠٦).

مباحة: يخرج المنافع المحرمة، كالاستئجار على الرقص، والغناء، ونحوها.

مقصودة: يخرج بذلك المنافع التافهة وغير المقصودة كمن استأجر تفاحة لشمها، أو ثياباً للتباهي بها.

(مدة معلومة) : **يخرج بذلك بيع المنافع ؛ لأنه غير مؤقت، وهو صورة من صور البيع.**

بعوض معلوم: يخرج بذلك العوض المجهول؛ لأن العوض في الإجارة ثمن للمنفعة، وشرط الثمن أن يكون معلوماً[1].

---

(١) ينظر: تكملة فتح القدير (٧/ ١٤٦) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢) - مغني المحتاج (٣/ ٤٣٨) - شرح المنتهى (٢/ ٢٤١) - الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٣١ -٣٢ - عقد الإجارة، الخميس ص١٤ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص٢٢ - عقد الإجارة، أبو سليمان ص٢٢ - عقد الإجارة: ، الرسيني ص٢٧٤.

المطلب الثاني
أدلة مشروعية الإجارة

الإجارة من عقود المعاوضات المشروعة، وقد دل على مشروعيتها ما يلي :

أولاً: من الكتاب :

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وجه الدلالة: أن الله أمر بإيتاء المرأة أجرها إذا هي أرضعت الطفل، وأن لبنها وإن كان عيناً فقد أجري مجرى المنافع التي تستحق بعقود الإجارات، ففيه جواز الإجارة على الرضاع، مع وجود الاختلاف في كثرة الرضاع وقلته، فهو نص في جواز الإجارة وأخذ الأجرة(١).

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ ﴿٢٦﴾ قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٦-٢٧].

الدليل الثالث: قال تعالى: ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: ٧٧].

وجه الدلالة من الآيتين: في هاتين الآيتين ذكر الله الإجارة، وبين أن أنبياءه عليهم السلام عملوا بها، وأن موسى عليه السلام آجر نفسه حججاً

---

(١) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص(٥/ ٣٦٠)- الإشراف على مسائل الخلاف (٢/ ٦٥٢) - الأم (٤/ ٢٦) - تفسير الإمام الشافعي(٣/ ١٣٩) - جامع البيان، الطبري (٢٣/ ٤٦٠).

معلومة، وأشار بأخذ الأجر على فعل يستوجب ذلك، مما يدل على جوازها ومشروعيتها في كل ملة(١)، وشريعة لمن قبلنا فهو شرع لنا إذا لم يأت في شرعنا ما يخالفه(٢).

ثانياً: من السنة:

الدليل الأول: عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باع حراً فأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره)(٣).

الدليل الثاني: عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)(٤).

وجه الدلالة من الحديثين: أن الله نهى عن استيفاء منفعة الأجير بغير عوض، وأمر بالمبادرة في إعطاء الأجير أجره، والأمر بذلك دليل صحة عقد الإجارة ومشروعيته(٥).

---

(١) ينظر: الأم (٤/ ٢٦) - تفسير الإمام الشافعي (٣/ ١٦٧) - الحاوي، الماوردي (٧/ ٣٨٩) - أحكام القرآن، ابن العربي (٣/ ٤٩٤)- الجامع لأحكام القرآن (١٣/ ٢٧١) - الإكليل ص٢٠٣ - فتح القدير (٤/ ١٩٥).

(٢) ينظر: التقرير والتحبير (٢/ ٢٨٢) - الضروري ص٥٣ - البحر المحيط (٤/ ٣٤٨) - التحبير (٨/ ٣٧٦٧).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه،كتاب الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير برقم (٢٢٧٠) (٣/ ٩٠).

(٤) الحديث أخرجه ابن ماجة في كتاب الرهون، باب أجر الأجراء برقم (٢٤٤٣)، والطبراني في الصغير برقم (٣٤) والقضاعي في مسنده برقم (٧٤٤)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٩٩٣) عن ابن عمر وأبي هريرة، وقوى البوصيري إسناده، وصححه الألباني. ينظر: سنن ابن ماجة (٣/ ٥١١) - المعجم الصغير (١/ ٤٣) - مسند الشهاب (١/ ٤٣٣) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ١٢١) - إتحاف الخيرة (٣/ ٣٨٢) - إرواء الغليل (٥/ ٣٢٠).

(٥) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٣٥) - بدائع الصنائع(٤/ ١٧٤) - تكملة المجموع (١٥/ ١٧) - فيض القدير (١/ ٥٦٢).

الدليل الثالث: عن عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ قالت: (واستأجر رسول الله ﷺ، وأبو بكر رجلاً من بني الديل[(١)] هادياً خِرِّيتاً[(٢)])[(٣)].

وجه الدلالة: أن الإجارة وقعت من النبي ﷺ، وفعله ﷺ دليل الجواز[(٤)].

الدليل الرابع: عن سويد بن قيس رضي الله عنه قال: جلبت أنا ومَخْرَمة العَبْدي بَزّاً[(٥)] من هَجَر[(٦)]، فجاءنا النبي ﷺ ، فساومنا بسراويل، وعندي وَزَّانٌ يزن بالأجرة، فقال النبي ﷺ للوزان: (زِنْ وأَرْجِحْ[(٧)])[(٨)].

---

(١) بنو الدِّيل: بكسر الدال المهملة وسكون الباء: وهم بطن من عبدالقيس بن ربيعة، من العدنانية، وهما ديلان، والنسبة إليهم: ديلي، ومنهم أهل عمان. ينظر: اللباب في تهذيب الأنساب ص٥١٤ - نهاية الأرب ص٥٦.

(٢) الخِرِّيت: الماهر الذي يهتدي لأخرات المفازة، وهي طرقها الخفية ومضايقها. ينظر: النهاية (٢/ ١٩).

(٣) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة... برقم (٢٢٦٤) (٣/ ٨٩).

(٤) ينظر: شرح ابن بطال (٦/ ٣٨٨) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤).

(٥) البز: ضرب من الثياب، وأصله: الهيئة من لباس أو سلاح. ينظر: تهذيب اللغة(١٣/ ١٢٠) - النهاية (١/ ١٢٥).

(٦) هجر: بفتح أوله وثانيه، مدينة البحرين، مشتقة من الهجرة أو الهجران أو التهجير، وهي مشهورة بالتمر وكثرته. ينظر: معجم البلدان (٥/ ٣٩٣) - الروض المعطار ص٥٩٢.

(٧) زن وأرجح: أي: ثَمِّنْه، وأعطه راجحاً، وفيه ندب لترجيح المشتري في وزن الثمن، وهبة الثواب. ينظر: مرقاة المفاتيح (٥/ ١٩٦٣) - فيض القدير (٤/ ٦٥) - نيل الأوطار (٥/ ٣٣٨).

(٨) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (١٩٠٩٨)، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجحان في الوزن برقم (٣٣٣٦)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجحان في الوزن برقم (١٣٠٥)، والنسائي في كتاب البيوع، باب الرجحان في الوزن برقم (٤٥٩٢)، وابن ماجة في كتاب البيوع، باب الرجحان في الوزن برقم (٢٢٢٠)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الحاكم، والألباني. ينظر: المسند (٣١/ ٤٤٥) - سنن أبي داود (٥/ ٢٢٥) - سنن الترمذي (٢/ ٥٨٩) - سنن النسائي(٧/ ٢٨٤)-- سنن ابن ماجة(٣/ ٣٣٤) - المستدرك(٢/ ٣٦) - السلسلة الصحيحة (٧/ ١٦٥١)

وجه الدلالة: الحديث دليل على جواز أخذ الأجرة على الوزن والكيل، وما في معناهما من الأعمال[١]

ثالثاً: من الإجماع:

الإجارة جائزة ومشروعة بإجماع العلماء[٢].

جاء في كتاب الإجماع: " واتفق على إجازتها كل من نحفظ عنه قوله من علماء الأمة "[٣].

رابعاً: من المعقول:

العقود من أهم وسائل المعاملات بين الناس، وفيها بقاء المكلفين، ودفع حاجاتهم، وقد اهتم الشرع بها؛ لأنها متعلقة بحياتهم، متصلة بمعاشهم، لا غنى لهم عنها؛ فإن ما لدى الإنسان لا يعتبر كافياً في سد متطلباته، وليس باستطاعته صنع كل مستلزماته[٤].

ومن بين هذه العقود عقد الإجارة، فإن الحاجة إلى المنافع

---

(١) ينظر: معالم السنن (٣/ ٦٠) - عارضة الأحوذي (٦/ ٤٠) - معالم السنن (٣/ ٦٠) - نيل الأوطار (٥/ ٣٣٨).

(٢) ينظر: الإجماع ص١٤٤ - الإقناع(٣/ ١٥٦٦) - بدائع الصنائع(٤/ ١٧٤) - تبيين الحقائق(٥/ ١٠٥)- البحر الرائق (٧/ ٢٩٧) - مجمع الأنهر (٢/ ٣٨٦)- تكملة فتح القدير(٧/ ١٤٧) - الإشراف(٢/ ٦٥٢) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٣٩) - مواهب الجليل(٥/ ٣٨٩) - منح الجليل(٧/ ٤٣٢) - الأم(٤/ ٢٦)- البيان(٧/ ٢٨٥) - كفاية الأخيار ص٢٩٤ - أسنى المطالب(٢/ ٤٠٣) - تحفة المحتاج(٦/ ١٢١) - الإفصاح(٢/ ٣٢) - المغني (٥/ ٣٢١) - الشرح الكبير (٦/ ٣) - المبدع(٤/ ٤٠٦) - كشاف القناع (٣/ ٥٤٦) - مطالب أولي النهى (٣/ ٥٧٩).

(٣) الإجماع، ابن المنذر ص١٤٤.

(٤) ينظر: الفروق (٤/ ٣٦) - فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٢٤٨) - نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص١٨ - ضوابط العقد، التركماني ص١٧ - صيغ العقود، الغليقة ص٥٢-٥٥.

كالحاجة إلى الأعيان، ولما كان العقد على الأعيان جائزاً فكذلك العقد على المنافع؛ إذ ليس الناس كلهم يستطيعون تملك الدور، والرواحل، وليسوا كلهم يستطيعون القيام بالصنائع، وقد لا يوجد من يقوم بذلك تطوعاً، فكانت الإجارة سبيلاً إلى سد حاجاتهم، وحاجات الناس أصل في شرع العقود، ولذا جعل الشرع لكل حاجة عقداً يختص بها، فشرع عقد البيع لتملك الأعيان بعوض، وشرع عقد الهبة لتملكها بغير عوض، وشرع عقد الإعارة لإباحة المنافع بغير عوض، وشرع الإجارة لإباحة المنافع بعوض، فلو لم تشرع الإجارة مع مسيس الحاجة إليها لم يجد العبد سبيلاً إلى دفع هذه الحاجة، وهذا خلاف مقصد الشرع وغايته(١).

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٣٦) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤) - البناية (١٠/ ٢٢٢) - الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٥٢) - مواهب الجليل (٥/ ٣٨٩) - منح الجليل (٧/ ٤٣٢) - الحاوي (٧/ ٣٩٠) - المهذب (٢/ ٢٤٣) - البيان (٧/ ٢٨٨) - المغني (٦/ ٥) - المبدع (٤/ ٤٠٦) - كشاف القناع (٣/ ٥٤٦).

المطلب الثالث

مورد عقد الإجارة الطبي

اختلف الفقهاء في مورد عقد الإجارة عموماً، وخلافهم في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن مورد عقد الإجارة العين، وبهذا قال بعض فقهاء الشافعية[(١)].

واستدلوا بما يلي:

أولاً: أن المنافع وقت العقد عليها معدومة، وإذا كانت معدومة فلا يصح أن يرد العقد عليها، وإنما يرد على الأعيان، كونها موجودة[(٢)].

ونوقش هذا الاستدلال من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن المنافع وإن كانت معدومة وقت العقد عليها إلا أنها تعطى حكم المنافع الموجودة؛ لأنها لو اعتبرت معدومة لم يصح العقد؛ لأن العقد لا يرد على معدوم[(٣)].

الوجه الثاني: أن الإجارات لا يمكن استيفاء المنفعة فيها إلا عن

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ٢٠٧) - كفاية النبيه (١١/ ٢٠٤) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٧) - مغني المحتاج (٣/ ٤٢٢)

(٢) ينظر: الحاوي (٧/ ٣٩١) - فتح العزيز (٦/ ٨١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٧).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٠٥) - البناية (١٠/ ٢٥٥) - فتح باب العناية (٢/ ٤٢٢) - المغني (٥/ ٣٢٩).

طريق قيام العين المستأجرة مقام المنفعة، فتكون المنافع في حكم الموجودة المقبوضة، وهو القبض الذي لا يستطاع غيره في المنافع[(١)].

الوجه الثالث: أن عقد الإجارة يصح بأجرة مؤجلة، وإذا لم تعتبر المنافع موجودة ومُسَلَّمة لم يصح العقد؛ إذ يكون ذلك في معنى بيع الدين بالدين الممنوع شرعاً[(٢)].

ثانياً: أن عقد الإجارة يضاف إلى العين، فيقال: آجرتك داري، وما أضيف إلى العين فهو المعقود عليه[(٣)]

ونوقش: بأن العقد إنما أضيف إلى العين؛ لأن العين هي محل الانتفاع ومنشؤه، فصح إضافة العقد إليها والمنافع تؤخذ منها شيئاً فشيئاً[(٤)].

القول الثاني: أن مورد عقد الإجارة المنافع، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية[(٥)]، والمالكية[(٦)]، وأكثر الشافعية[(٧)]، وهو مذهب الحنابلة[(٨)].

---

(١) ينظر: الأم (٤/ ٢٤).

(٢) ينظر: الأم (٤/ ٢٤) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٤) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٧).

(٣) ينظر: الحاوي (٧/ ٣٩١) - فتح العزيز (٦/ ٨١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٧).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٣) - الشرح الكبير (٦/ ٤) - المبدع (٤/ ٤٠٦) - شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤١).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٥) - الهداية (٣/ ٢٣٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٧) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٤).

(٦) ينظر: عقد الجواهر (٢/ ٨٣٩) - الذخيرة (٦/ ١٩٧) - مواهب الجليل(٥/ ٣٨٩) - حاشية الصاوي (٤/ ١٠).

(٧) ينظر: الحاوي (٧/ ٣٩١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٧) - مغني المحتاج (٣/ ٤٢٢).

(٨) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٣) - الشرح الكبير (٦/ ٤) - المبدع (٤/ ٤٠٦) - شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤١).

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

أولاً: أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد، الذي يتصرف فيه، وذلك يتحقق في المنافع دون الأعيان(١).

ثانياً: أن الأجر يبذل مقابل المنفعة، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه(٢).

القول الثالث: أن مورد عقد الإجارة المنافع، وكذلك الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء أصلها، كلبن الظئر، وماء البئر، وهذا قول شيخ الإسلام(٣)، وابن القيم(٤) واختاره بعض الفقهاء المعاصرين(٥).

واستدلوا بما يلي:

أولاً: قياس الأعيان التي تتجدد مع بقاء الأصل على المنفعة، والمُسوِّغ للإجارة ما بينهما من القدر المشترك، وهو حدوث المقصود بالعقد شيئاً فشيئاً، سواءً كان الحادث عيناً أو منفعة(٦).

ونوقش: بأن الفقهاء أجازوا ما يرد على العين وهو مشابه للمنفعة مع بقاء أصله كلبن الظئر، وماء البئر ونحوها استثناءً من القاعدة العامة، ورخصة للضرورة والحاجة(٧).

---

(١) ينظر: فتح باب العناية (٢/ ٤٢١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٨) - المغني (٥/ ٣٢٢).

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٢) - الشرح الكبير (٦/ ٤) - المبدع (٤/ ٤٠٦) - شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤١).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٥٠). (٤) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ١٢).

(٥) ينظر: المختارات الجلية ص١٥٨ - فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم (٨/ ٨٣) - الشرح الممتع (١٠/ ٣٢).

(٦) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٥٠) - إعلام الموقعين (٢/ ١٢).

(٧) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٥٠.

ويمكن أن يجاب: بأن الفقهاء وإن أجازوا ذلك إلا أنهم اختلفوا في توجيهه، فمنهم من عده من باب الحاجة والضرورة، ومنهم من عده من باب الاستحسان لجريان عمل الناس به، ومنهم من جعل العقد وارداً على اللبن، والخدمة تابعة، ومنهم من قال: العقد يرد على منافع الظئر، وهي خدمتها للصبي والقيام به، واللبن تابع[(١)] والقول بجواز الإجارة على الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً يغني عن هذا الخلاف.

ثانياً: قياس عقد الإجارة على عقد الوقف، وعقود التبرعات، فإن الوقف يكون أصله ثابتاً، وتحدث الفائدة مع بقائه، وقد تكون الفائدة منفعة كالسكنى، وقد تكون ثمرة كوقف الشجر، وقد تكون لبناً كوقف الماشية للانتفاع بلبنها، وكذلك باب التبرعات، فإن العين فيها تعطى لمن ينتفع بها ثم يردها، فكذلك في الإجارة، تكون تارة للمنفعة كالسكنى والركوب، وتارة للعين التي تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء الأصل كلبن الظئر وماء البئر[(٢)].

الترجيح:

أولاً: الخلاف بين القولين الأول والثاني اعتبره بعض فقهاء الشافعية خلافاً لفظياً لا ثمرة له، وذلك أن من قال: مورد عقد الإجارة المنفعة لا يعني بذلك أن المنفعة تحدث بدون عين، ولكنَّ مراده المنفعة المستفادة من العين، لذلك فهو لا يقطع النظر عن العين، بل يجب أن تُسَلَّم وتقبض مدة العقد لينتفع بها، ومن قال: مورد عقد الإجارة العين

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٥) - الهداية (٣/ ٢٣٩) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٧) - النوادر والزيادات (٧/ ٥٦) - - التاج والإكليل (٧/ ٥٢٧) - منح الجليل (٧/ ٤٦٧) - نهاية المطلب (٨/ ٧٨) - فتح العزيز (٦/ ٩١) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٨) - المغني (٥/ ٣٦٨) - الإنصاف (٦/ ٣١) - كشاف القناع (٣/ ٥٦٣).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٥٠) - إعلام الموقعين (٢/ ١٢).

لا يعني أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع، فتكون نتيجة القولين: أن محل عقد الإجارة في إجارة الأشياء المنافع دون الأعيان[١].

ومن فقهاء الشافعية من اعتبر الخلاف في هذه المسألة خلافاً معنوياً له ثمرته، وذكروا عدداً من الفروع الفقهية الناتجة عن هذا الخلاف[٢].

ثانياً: الراجح هو القول الثالث، وذلك لما يلي:

أ - أنه لا يوجد في الكتاب والسنة ما يمنع إجارة الأعيان التي تؤخذ شيئاً فشيئاً، ولا يخالف ذلك قاعدة شرعية، وما دام الحال كذلك فالقول بالجواز قول وجيه[٣].

ب - أن هذا القول لا يخالف قول جمهور العلماء المتضمن ورود الإجارة على المنافع، وإنما يضم إلى ذلك إجارة الأعيان التي تؤخذ شيئاً فشيئاً، وجمهور العلماء قد جوزوا إجارة مثل ذلك من باب الاستحسان، والحاجة، وجريان العمل.

ج - أن هذا القول فيه سعة وتيسير على الناس، لا سيما في الواقع المعاصر.

وتأسيساً على ما سبق يقال: مورد عقد الإجارة الطبي منفعة الطبيب، وهي عمله الطبي الذي يقدمه للمريض مقابل العوض الذي يدفعه له المريض[٤]، ويشمل ذلك الأعيان الطبية التي تحدث وتتجدد كجلسات الأكسجين، وبعض جلسات العلاج الطبيعي، وقطرات العين، وغيرها.

---

(١) ينظر: فتح العزيز (٦/ ٨١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٧) - مغني المحتاج (٣/ ٤٢٢).

(٢) ينظر: كفاية النبيه (١١/ ٢٠٤) - حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢/ ٤١٧).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٥٠) - إعلام الموقعين (٢/ ١٢) - المختارات الجلية ص١٥٨.

(٤) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ٥٠.

المطلب الرابع
حكم استئجار الطبيب

استئجار الطبيب أمر جائز، وفعل مشروع، ويدل على ذلك أدلة كثيرة منها ما يلي:

أولاً: الأدلة التي سبق إيرادها في جواز عقد الإجارة عموماً، ففيها دلالة على مشروعية الإجارة على إرضاع الأطفال، وتأجير الإنسان منافعه كرعي الأغنام، وإصلاح البنيان، وكل منفعة مباحة، والطب من المنافع المباحة فتكون الإجارة عليه جائزة[١].

ثانياً: أدلة تختص بالاستئجار على الحجامة، والرقى، وغيرها من العلاجات، ومنها ما يلي:

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال:(احتجم النبي ﷺ، وأعطى الحجام أجره)[٢].

الدليل الثاني: عن أنس رضي الله عنه قال: (حجم أبو طيبة النبي ﷺ، فأمر له بصاع، أو صاعين، من طعام)[٣].

وجه الدلالة من الحديثين: أن رسول الله ﷺ أعطى الحجام أجره،

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٠٤.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب خراج الحجام برقم (٢٢٧٩) (٣/ ٩٣).

(٣) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب ضريبة العبد وتعاهد ضرائب الإماء برقم(٢٢٧٧)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة برقم (١٥٧٧). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ٩٣) -صحيح مسلم(٣/ ١٢٠٤).

مقابل المنفعة التي أداها، مما يدل على جواز الاستئجار على الحجامة، وإعطاء الأجرة عليها، وهذا أصل في إباحة التداوي، وإعطاء الأجرة على المعالجة بالطب(١).

الدليل الثالث: ما جاء في صحيح البخاري: قال ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ: (أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله)، ثم أورد حديث أبي سعيد رضي الله عنه قال: (انطلق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم، فأبوا أن يضيفوهم، فَلُدِغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء، لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط(٢) الذين نزلوا لعله أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال بعضهم: نعم، والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جُعْلاً، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يَتْفِل عليه ويقرأ ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الفَاتِحَة: ٢]، فكأنما نُشِطَ من عِقَال(٣) فانطلق يمشي وما به قَلَبَة(٤)، قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقسموا، فقال

---

(١) ينظر: المنتقى(٧/ ٢٩٨) - إكمال المعلم(٥/ ٢٤٨) - شرح النووي على مسلم(١٠/ ٢٤٢) - فتح الباري (٤/ ٤٥٩) - تحفة الأحوذي (٤/ ٤١٦) - العقد الطبي، قيس المبارك ص١٠٥.

(٢) الرهط: العدد من ثلاثة إلى عشرة، وقيل: من سبعة إلى عشرة، وهو أصل يدل على تجمع، ورهط الرجل: عشيرته وأهله. ينظر: تهذيب اللغة (٦/ ١٠١) - مقاييس اللغة (٢/ ٤٥٠) - النهاية في غريب الحديث (٢/ ٦٧٥).

(٣) نُشِط من عقال: حل منه، وأقيم بسرعة. ينظر: مشارق الأنوار (٢/ ١٠٠) - التوضيح لشرح الجامع (١٥/ ٨٤)

(٤) قَلَبَة: أي: ألم وعلة. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٤/ ١٥١)

الذي رقى: لا تفعلوا، حتى نأتي النبي ﷺ، فنذكر له الذي كان، فننظر ما يأمرنا، فقدموا على رسول الله فذكروا له فقال: (وما يدريك أنها رقية؟)، ثم قال: (قد أصبتم، اقسموا واضربوا لي معكم سهما)، فضحك رسول الله ﷺ(١)

الدليل الرابع: عن خارجة بن الصَّلْت عن عمه أنه مر بقوم فأتوه، فقالوا: إنك جئت من عند هذا الرجل بخير، فارق لنا هذا الرجل، فأتوه برجل معتوه في القيود، فرقاه بأم القرآن ثلاثة أيام غدوة وعشية، وكلما ختمها جمع بزاقه، ثم تفل فكأنما أنشط من عقال، فأعطوه شيئاً، فأتى النبي ﷺ فذكره له فقال النبي ﷺ (كل فلعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق)(٢).

وجه الدلالة من الحديثين: جواز الاستئجار على الرقى والعلاجات، ذلك أن القراءة والنفث فعل من الأفعال المباحة، وقد أبيح أخذ الأجرة عليها، وكذلك ما يفعله الطبيب من قول أو وصف علاج(٣).

الدليل الخامس: الإجماع، فإن الاستئجار على التداوي محل إجماع(٤)، وفي ذلك يقول ابن قدامة رحمه الله " ويجوز الاستئجار على

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب ما يعطى في الرقية برقم (٢٢٧٦) (٣/ ٩٢).

(٢) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٢١٨٣٦)، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في كسب الأطباء برقم (٣٤٢٠) والنسائي في الكبرى، باب ما رقي به المعتوه، برقم (٧٤٩٢) وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وصححه الألباني. ينظر: المسند (٣٦/ ١٥٦) - سنن أبي داود ٥/ ٢٩٦) - السنن الكبرى، النسائي (٧/ ٧١) - المستدرك (١/ ٧٤٧) - السلسلة الصحيحة (٥/ ٤٥).

(٣) ينظر: شرح معاني الآثار (٤ / ١٢٦)- معالم السنن (٣ / ١٠١) - شرح السنة (٨/ ٢٦٨).

(٤) ينظر: كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٥٥) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٥) - المغني (٥/ ٣٩٨).

الختان، والمداواة، وقطع السلعة[١]، لا نعلم فيه خلافاً "[٢].

الدليل السادس: أن الطب فعل يُحْتاج إليه، مأذون فيه شرعاً، فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة[٣] ولو لم يأذن الشرع فيه لأدى ذلك إلى حدوث خلل واضطراب[٤].

---

(١) السِلْعة: بكسر السين، " الجَدَرة تخرج بالرأس وسائر الجسد، تمور بين الجلد واللحم". تهذيب اللغة (٢/ ٦٠).

(٢) المغني (٥/ ٣٩٨).

(٣) ينظر: المصدر السابق ، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٤) ينظر: قواعد الأحكام (٢/ ٦٩).

المطلب الخامس
صور التعاقد بين الطبيب والمريض في عقد الإجارة

قبل بيان صور التعاقد بين الطبيب والمريض سأبين أقسام الإجارة، حتى أصل إلى مقصود هذا المطلب.

تنقسم الإجارة من حيث الجملة إلى قسمين:

الأول: عقد الإجارة الوارد على منافع الأعيان (إجارة عين).

الثاني: عقد الإجارة الوارد على منافع الإنسان (إجارة عمل)[(١)].

القسم الأول: عقد الإجارة الوارد على منافع الأعيان (إجارة عين).

ويقصد به: ما أضيف العقد فيه إلى عين، يمكن استيفاء المنفعة منها، وذلك كاستئجار الدور، والأراضي، والمراكب، والثياب، وغيرها[(٢)].ويسمى باذل العين فيها مؤجراً، والمنتفع بها مستأجراً[(٣)].

وتقدير المنفعة هنا قد يكون بالمدة، كاستئجار الدار للسكنى شهراً، وقد يكون بالعلم بالمنفعة إما بتسميتها، أو تعيينها، أو الإشارة إليها كاستئجار دابة للركوب عليها إلى مسافة مسماة معلومة[(٤)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤) - العناية (٩/ ٥٧) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١١) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٦٧) - المهذب (٢/ ٢٤٤) - البيان (٧/ ٢٩٦) - المغني (٥/ ٣٢٥) - المبدع (٤/ ٤٢٧) - كشاف القناع (٣/ ٥٦٠).

(٢) ينظر: كشاف القناع (٣/ ٥٦٠) - معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣٠ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص٤٩.

(٣) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص ٤٩.

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٣٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - العناية (٩/ ٦٣)- القوانين الفقهية ص٢٩٨ - مواهب الجليل (٥/ ٤١٠) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٠) - المهذب (٢/ ٢٤٦) - =

وإجارة الأعيان تنقسم إلى قسمين:

أولاً: إجارة عين معلومة معينة: وهي الإجارة الواردة على عين، تكون المنفعة المعقود عليها متعلقة بتلك العين، بحيث تكون معلومة بالمشاهدة، أو ما يقوم مقامها ،كمن استأجر داراً، أو أرضاً معينة.

ثانياً: إجارة عين موصوفة في الذمة: وهي الإجارة الواردة على عين موصوفة في الذمة، تكون المنفعة المعقود عليها متعلقة بذمة المؤجّر، كمن يقول: استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملني إلى موضع كذا[١].

القسم الثاني: عقد الإجارة الوارد على منافع الإنسان (إجارة عمل).

ويقصد به: كل إجارة يكون المعقود عليه فيها عملاً، يؤديه العاقد، أو من يقوم مقامه[٢].

ولا يكون الأجير في عقد الإجارة على العمل إلا آدمياً[٣]، ويسمى صاحب العمل فيها: مستأجراً، وقد يسمى مؤجراً، ويسمى من يقوم بالعمل: أجيراً، أو عاملاً[٤]، والعمل مناط بذمته[٥].

= كفاية الأخيار ص٢٩٥ - نهاية المحتاج (٥/ ٢٨٠) - المغني (٥/ ٣٢٥) - شرح الزركشي (٤/ ٢١٩) - شرح المنتهى (٢/ ٢٥٥-٢٥٦) - المحلى (٧/ ٤).

(١) ينظر: التلقين (٢/ ١٥٩) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٦٦) - البيان والتحصيل (٨/ ٤١٠) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٥٢) - نهاية المطلب (٨/ ٧١) - المهذب (٢/ ٢٤٤) - البيان (٧/ ٢٩٦) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٣) - الكافي (٢/ ١٧٢) - كشاف القناع (٣/ ٥٦٠) - نيل المآرب (١/ ٤٢٦) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦١٣)

(٢) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٥٠.

(٣) ينظر: المبدع (٤/ ٤٣٠) - كشاف القناع (٤/ ١١).

(٤) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٥٠.

(٥) ينظر: المقدمات الممهدات (٢/ ١٦٦) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٣) - شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٥٢).

وعقد الإجارة الوارد على العمل شائع بين أرباب الحرف، والمهارات اليدوية والفكرية من: مزارعين، وسائقين، وصناع، وأطباء، ومهندسين، وغيرهم ممن يحتاج المجتمع إلى خدماتهم، وهو عقد شائع أيضاً في استخدام الآلات، ووسائط النقل على اختلاف أنواعها، وتعدد وظائفها(١).

ومن أمثلة ذلك: خياطة الثوب، وبناء الجدار، وقلع السن، ومداواة المرض، وحفر البئر، وغيرها.

وإجارة الأعمال تنقسم إلى قسمين:

أولاً: الإجارة الواردة على عمل من شخص بعينه: وهي التي يلتزم فيها العاقدان أن يكون محل العقد منفعة شخص بعينه، ويقتضي ذلك ألَّا يستبدل الشخص بغيره، ويبطل العقد بموته أو فقدانه الأهلية.

وهذه الإجارة قد تكون إجارة خاصة كأن يقول المستأجر للشخص المُسْتأجَر: استأجرتك لرعي الغنم شهراً، وقد تكون إجارة مشتركة كأن يقول المستأجر للخياط: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب.

ثانياً: الإجارة الواردة على عمل معلوم في الذمة: وهي التي يكون محل العقد فيها منفعة موصوفة في الذمة، وصفاً تنتفي به الجهالة، ولا يلزم فيها أن يقوم الشخص المتعاقد معه بالعمل بنفسه، بل يمكن أن ينيب غيره، ولا يبطل العقد فيها بموت المتعاقد معه، ولا بفقدانه الأهلية

وهذه الإجارة قد تكون إجارة خاصة، كأن يقول المستأجِر لآخر: اتفقت معك على أن تخصص شخصاً مواصفاته كذا ليقوم برعي أغنامي،

(١) ينظر: عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل، أبو سليمان ص٦٣.

وقد تكون إجارة مشتركة كأن يقول المستأجِر للخياط: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب[١].

تأسيساً على ما سبق يتبين أن للتعاقد بين الطبيب والمريض في عقد الإجارة صورتان:

الصورة الأولى: أن يتم التعاقد على عمل طبي يقوم به طبيب معين.

ويقصد بذلك: أن الطبيب يُسْلِّم نفسه للمريض، بحيث يتمكن المريض أن يستوفي منه المنفعة التي يحتاج إليها، وهذه الصورة غالباً تقع بين المريض والممرض[٢]، وقد تحدث مع الأطباء، كما هو حال بعض الأثرياء، حين يكون لهم أطباء ملتزمون بالبقاء معهم.

مثال ذلك: أن يستأجر المريض طبيباً أو ممرضاً؛ ليتولى رعايته وملاحظته مدة من الزمن، مقابل عوض معلوم متفق عليه بينهما، فيقول المريض للطبيب: استأجرتك لتقدم لي العناية والرعاية الطبية، مدة شهر من الزمن، يبدأ من يوم كذا، ويجريان العقد على ذلك.

والواجب على الطبيب في هذه الصورة أن يباشر العمل بنفسه، ولا ينيب غيره من الأطباء؛ لأن العقد وقع على عمله هو، وليس على عمل غيره من الأطباء، وفي ذلك يقول ابن قدامة رحمه الله: " إن كانت الإجارة

---

(١) ينظر: التلقين (٢/ ١٥٩) - البيان والتحصيل (٨/ ٤١٠) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٥٢) - نهاية المطلب (٨/ ٧١) (٨/ ٧٣) - المهذب (٢/ ٢٤٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٢-٤٤٣) - المبدع (٤/ ٤٢٩-٤٣٠) - الإنصاف (٦/ ٤٤) - كشاف القناع (٤/ ١١) - نيل المآرب (١/ ٤٢٧)- الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص٥٣.

(٢) الممرض: هو من يقوم بشؤون المرضى ويقضي حاجاتهم العلاجية وغيرها تبعا لإرشاد الطبيب. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٨٦٤) - التمريض وأحكامه في الفقه الإسلامي، أمل اللحيان ص٢٦.

على عينه، في مدة أو غيرها، فمرض لم يقم غيره مقامه؛ لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه، لا على شيء في ذمته، وعمل غيره ليس معقوداً عليه، وإنما وقع العقد على معين"[(١)].

الصورة الثانية: أن يتم التعاقد على عمل طبي معلوم، مضبوط بصفات محددة في ذمة الطبيب.

ويقصد بذلك: أن الطبيب لا يلتزم بتسليم نفسه للمريض، بل يلتزم القيام بعمل طبي معين، في جزء معين من أجزاء جسم المريض، موصوف بصفات ينضبط بها.

مثال ذلك: أن يقول المريض للطبيب: ألزمت ذمتك إجراء هذه العملية، أو خياطة هذا الجرح، ويكون ذلك مقابل عوض متفق عليه[(٢)].

ويستوي في هذه الصورة أن يباشر الطبيب العمل بنفسه، أو أن ينيب غيره من الأطباء، إن لم ينص المريض في العقد على طبيب بعينه، فإذا عين المريض طبيباً لم يصح للمعين استنابة غيره، ولو استناب من هو أحسن منه صناعة، أو أكثر ديناً، أو أتم عدالة[(٣)].

وقد يكون الطبيب أجيراً خاصاً، وقد يكون أجيراً مشتركاً على ما سيأتي بيانه في المطلب التالي.

---

(١) المغني (٥/ ٣٤١).

(٢) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٩٢، ص١٠٨،ص٢٩٧- العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص٣٧.

(٣) ينظر: الإنصاف (٦/ ٦٦) – السيل الجرار (٣/ ٢٠٥) - العقد الطبي، قيس المبارك ص١١٠.

المطلب السادس

صفة إجارة الطبيب

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المراد بالأجير الخاص:

عرف الأجير الخاص بعدد من التعاريف من أبرزها ما يلي:

التعريف الأول: أنه الذي يعمل لواحد عملاً مؤقتاً بالتخصيص(١).

التعريف الثاني: أنه الذي لم يُنَصِّب نفسه للعمل للناس(٢).

التعريف الثالث: أنه من أجَّر نفسه مدة لعمل(٣).

التعريف الرابع: أنه الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها(٤).

وهذا التعريف الرابع هو أقرب التعاريف السابقة وأبينها وأشملها.

وهناك عدد من التعاريف الأخرى التي تتضمن بعض أوصاف الأجير الخاص وأحكامه فمنهم من وصفه بأنه من ورد العقد على

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ٢٣٦) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩).

(٢) ينظر: المنتقى (٦/ ٧٢) - القوانين الفقهية ص٣٥٤ - مواهب الجليل (٥/ ٤٣١) - الشرح الكبير (٤/ ٢٨).

(٣) ينظر: فتح العزيز (٦/ ١٤٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - أسنى المطالب(٢/ ٤٢٥) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٨٨) - المبدع (٤/ ٤٤٥) - الإنصاف (٦/ ٧٠) - الروض المربع ص٤١٦.

منافعه[(١)]، ومنهم من وصفه بأنه من قُدِّر نفعه بالزمن[(٢)]، ومنهم من قال: هو من يعمل في منزل المستأجر[(٣)]، ومنهم من قال: هو من يستحق الأجرة بتسليم نفسه وإن لم يعمل[(٤)]، ومنهم من قال: هو من عُيِّن عليه العمل وموضعه[(٥)]، ومنهم من قال: هو من استؤجر لمدة[(٦)].

أسماء الأجير الخاص: يسمى الأجير الخاص بذلك؛ لأن منافعه مدة الإجارة صارت مستحقة للمستأجر، وقد اختص بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس[(٧)].

ويسمى بأجير الواحد، **أو الوحد؛** لأنه يعمل لشخص واحد، ويتقبل العمل منه دون غيره[(٨)].

ويسمى بالأجير المنفرد؛ لأنه ينفرد بالعمل لشخص واحد، ولا يتقبل عملاً آخر في نفس المدة[(٩)].

أهم أحكام الأجير الخاص التي تضبطه، وتحدده:

أولاً: أنه يعمل لجهة خاصة، سواءً كان مستأجره واحداً أو أكثر

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٤٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٣) - البحر الرائق (٨/ ٣٠).

(٢) ينظر: كشاف القناع (٤/ ٣٢) - نيل المآرب (١/ ٤٣٣) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٧٤).

(٣) ينظر: المنتقى (٦/ ٧٢) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٥٩) - الفروق (٤/ ٣٢) - الحاوي، الماوردي (٧/ ٤٢٥).

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٣) - المحيط البرهاني (٧/ ٥٨٦) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٥) - قواعد الفقه، البركتي ص١٦١

(٥) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨).

(٦) ينظر: المحلى (٧/ ٣١).

(٧) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٣) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٤) - المغني (٥/ ٣٨٨).

(٨) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٤٧) - النتف في الفتاوى ص٥٦١ - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤) - الهداية (٣/ ٢٣٠).

(٩) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٢٥) - المهذب (٢/ ٢٦٧) - نهاية المطلب (٨/ ١٥٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨).

من واحد كجماعة استأجروا راعياً يرعى أغنامهم، فالأجير الخاص لا يُنَصِّب نفسه لعموم الناس، ويقدر نفعه بالزمن.

ثانياً: يجب عليه أن يقوم بالعمل في الوقت المحدد له، أو المتعارف عليه.

ثالثاً: لا يجوز له أثناء المدة المتعاقد معه عليها أن يعمل لغير مستأجره.

رابعاً: يستحق الأجرة متى سَلَّم نفسه لمستأجره، ولم يمتنع من أداء العمل الذي استؤجر من أجله.

خامساً: يستحق الأجرة كاملة لو فسخ المستأجر الإجارة قبل المدة المتفق عليها في العقد، إذا لم يكن هناك عذر يقتضي الفسخ.

سادساً: أن الإجارة تتعلق بعينه، فلا يحق له استنابة غيره.

سابعاً: أنه أمين على ما بيده من عمل، فلا يضمن ما تلف إلا بالتعدي أو التفريط[(١)].

وهذه الأحكام في جملتها اعتبرها الفقهاء، وأوردوها في كتبهم.

---

(١) ينظر: المبسوط(١٥/ ١٤٧) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٥) - الهداية (٣/ ٢٤٣) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩-٧٠) - المدونة (٣/ ٤٨٨) - المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٥) - مواهب الجليل(٥/ ٤٣١) - الشرح الكبير(٤/ ٢٨) - البيان (٧/ ٣٨٥) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧) - الشرح الكبير (٦/ ١١٣) - المبدع (٤/ ٤٤٣-٤٤٥) - الإنصاف (٦/ ٧٠-٧٢) - كشاف القناع (٤/ ٣٢-٣٣) - السيل الجرار (٣/ ٢٠٢) - الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٨٨-٢٩٠) فقه السنة (٣/ ١٩٦-١٩٧) - الشرح الممتع (١٠/ ٧٧) - الأجير الخاص، عبدالله الموسى ص١٥٠.

الفرع الثاني: المراد بالأجير المشترك

عرف الأجير المشترك بعدد من التعاريف أبرزها ما يلي:

التعريف الأول: أنه الذي يعمل لغير واحد، بل لعامة الناس(١).

التعريف الثاني: أنه الذي نصَّب نفسه للعمل للناس(٢).

التعريف الثالث: أنه الذي يتقبل العمل، ويلتزمه في ذمته(٣).

التعريف الرابع: أنه الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو على مدة لا يستحق المستأجر جميع نفعه فيها(٤).

وهذا التعريف الرابع هو أقرب التعاريف السابقة، وأشملها، وأبينها.

وهناك بعض التعاريف الأخرى التي تتضمن بعض أوصاف الأجير المشترك وأحكامه، فمنهم من وصفه: بأنه من ورد عقده على عمل معلوم ببيان محله(٥)، ومنهم من وصفه بأنه من قدر نفعه بالعمل(٦)، ومنهم من قال: هو الذي يتقبل الأعمال من الناس(٧)، ومنهم من قال: هو من لا

---

(١) ينظر: البدائع (٤/ ١٧٤) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٣) - مجمع الأنهر (٢/ ٣٩١) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٤)

(٢) ينظر: المنتقى (٦/ ٧٢) - القوانين الفقهية ص٣٠١ - مواهب الجليل (٥/ ٤٣١) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٧)

(٣) ينظر: فتح العزيز(٦/ ١٤٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٨٨) - العدة شرح العمدة ص٢٩٩- الشرح الكبير (٦/ ١١٩) - الإنصاف (٦/ ٧٢).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٣٣) - مجمع الأنهر (٢/ ٣٩١) - الفتاوى الهندية (٤/ ٥٠٠).

(٦) ينظر: الفروع (٧/ ١٧٤) - المبدع (٤/ ٤٤٦) - كشاف القناع (٤/ ١١)- مطالب أولي النهى (٣/ ٦٧٨).

(٧) ينظر: النتف في الفتاوى (٢/ ٥٦١) - تحفة الفقهاء (٢/ ٣٥٢).

يستحق الأجرة حتى يعمل[(١)]، ومنهم من قال: هو من استؤجر على الأعمال[(٢)]، ومنهم من قال: هو المشارك في الرأي فيقال: اعمل في أي موضع شئت[(٣)]، ومنهم من قال: هو الذي لا يُضَيَّق عليه وقت العمل[(٤)].

أسماء الأجير المشترك: يسمى الأجير المشترك بذلك؛ لأنه يعمل لمستأجره ولغيره، فلا يكون عمله مختصاً بمستأجره، ولا تكون منفعته مستحقة لواحد بعينه، بل يمكنه أن يتقبل أعمالاً لاثنين أو ثلاثة أو أكثر في وقت واحد، فيشتركون جميعهم في منفعته[(٥)].

ويسمى بالأجير العام؛ لأنه يعمل لعموم الناس، فلا يختص واحد بمنفعته دون غيره[(٦)].

أهم أحكام الأجير المشترك التي تضبطه وتحدده:

أولاً: أنه يعمل لعموم الناس، وينصب نفسه لهم، ويقدر نفعه بعمله، ولا تكون منفعته لواحد بعينه.

ثانياً: يجوز له أن يعمل عند غير مستأجره، ولا يحق لمستأجره منعه من ذلك.

---

(١) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٢) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٤) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٤).
(٢) ينظر: المحلى (٧/ ٣١).
(٣) ينظر: البيان (٧/ ٣٨٥) - فتح العزيز(٦/ ١٤٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - كفاية النبيه (١١/ ٢٨٨).
(٤) ينظر: كفاية النبيه (١١/ ٢٨٩).
(٥) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٢) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - المغني (٥/ ٣٨٨) - المبدع (٤/ ٤٤٦).
(٦) ينظر: كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٧) - المحلى (٧/ ٣١).

ثالثاً: يلزمه إنجاز العمل المتعاقد عليه، وتوابعه حسب العرف ما لم يُشترط غير ذلك.

رابعاً: يلزمه الشروع في العمل عقب العقد مباشرة عند جملة من الفقهاء.

خامساً: أنه لا يستحق الأجرة إلا بتسليمه للعمل الذي في ذمته، فهو يستحق الأجر على إنجاز العمل، لا على الزمن.

سادساً: أن الإجارة تتعلق بذمته، فيصح له استنابة غيره.

سابعاً: أنه يضمن ما تلف تحت يده بفعله(١)(٢).

الفرع الثالث: صفة استئجار الطبيب

سينتظم الكلام في هذا الفرع فيما يلي:

أولاً: الطبيب قد يكون أجيراً خاصاً، وقد يكون أجيراً مشتركاً، وهذا ما صرَّح به بعض فقهاء الشافعية(٣)، والحنابلة(٤)، وبعض الفقهاء

---

(١) الأجير المشترك مختلف في تضمينه، وسيرد ذكر الخلاف في موضعه عند الكلام على أحكام الضمان في العقد الطبي.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٥) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٤) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٤) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩-٧٠) - مناهج التحصيل (٧/ ٢٣٧) - مواهب الجليل (٥/ ٣٩٥) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٧) - الشرح الكبير(٤/ ٢٨) - البيان (٧/ ٣٨٥)- روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧) - المبدع (٤/ ٤٢٩) (٤/ ٤٤٦) - الإنصاف(٦/ ٤٤) - كشاف القناع (٤/ ١١) (٤/ ٣٣) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٧) (٣/ ٦٧٨) - السيل الجرار (٣/ ٢٠٥) - الدرر السنية(٦/ ٣٧٠) - الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٩٥-٢٩٨) - فقه السنة (٣/ ١٩٧-١٩٨) - الشرح الممتع (١٠/ ٧٧) - الأجير الخاص، الموسى ص١٥٣ - حكم الأجير المشترك، إبراهيم القيسي ص٩٢.

(٣) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٢٥) - تكملة المجموع (١٥/ ١٠٠).

(٤) ينظر: الفروع (٧/ ١٧٦) - المبدع (٤/ ٤٤٧) - الإنصاف (٦/ ٧٤) - كشاف القناع (٤/ ٣٤).

والباحثين المعاصرين(١).

قال ابن مفلح رحمه الله " لا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا طبيب، ولا بيطار، عرف حذقهم، ولم تجن أيديهم، خاصاً كان أو مشتركاً "(٢).

ثانياً: الأصل أن الطبيب أجير مشترك، وهو مفهوم تعريف الأجير المشترك عند فقهاء الحنفية(٣)، والمالكية(٤)، والشافعية(٥)، والحنابلة(٦)، ومصرحاً به عند فقهاء الحنفية(٧)، والشافعية(٨)، والحنابلة(٩)، وبعض الفقهاء والباحثين المعاصرين(١٠).

وذلك لأن الطبيب قد نصَّب نفسه لعامة الناس، فهو يعمل لأكثر من شخص في آنٍ واحد، ويأخذ أجره على التشخيص والعمل، وهذه أبرز

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٢٤ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها ص ٣٧ - أحكام عقد العلاج، حلبية ص٤٧٢ - طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في الجراحة التجميلية، محمد آل الشيخ (٣/ ٢٨٥٨).

(٢) الفروع (٧/ ١٧٦).

(٣) ينظر: المبسوط(١٥/ ١٨٦) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٣) - الفتاوى الهندية (٤/ ٥٠٠).

(٤) ينظر: المنتقى (٦/ ٧٢) - القوانين الفقهية ص٣٠١ - مواهب الجليل (٥/ ٤٣١) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٧).

(٥) ينظر: فتح العزيز (٦/ ١٤٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧).

(٦) ينظر: المغني (٥/ ٣٨٨) - الإنصاف (٦/ ٧٢) - المبدع (٤/ ٤٤٦) - كشاف القناع (٤/ ١١).

(٧) ينظر: تكملة البحر الرائق (٨/ ٣١) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٤).

(٨) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٢٧) - تكملة المجموع (١٥/ ١٠٠).

(٩) ينظر: المغني (٥/ ٣٨٨) - الشرح الكبير (٦/ ١١٩) - شرح الزركشي (٤/ ٢٤٩) - كشاف القناع (٤/ ٣٣).

(١٠) ينظر: الدرر السنية (٦/ ٣٧٣) (٧/ ٣٧٨) - الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٦٩) (٢/ ٦٤) - عقد العلاج الطبي، الزامل ص ١٧ - الأجير الخاص، الموسى ص ١٦٥.

صفات الأجير المشترك[١].

فالطبيب عندما تكون منفعته محددة بعمل معين، مع إمكان تلقيه أعمالاً أخرى يقوم بأدائها، ولا يمتنع من تقبلها فإنه يوصف بالأجير المشترك[٢]، فإذا تم التعاقد بين الطبيب وبين المريض، أو من يقوم مقامه على أساس العمل، وكانت المنفعة المستوفاة معلومة بالعمل المحدد الذي سيقوم به الطبيب لقاء الأجر الذي يأخذه فهو أجير مشترك، ويستوي في ذلك أن يكون التعاقد مع الطبيب أو مع إدارة المستشفى[٣].

ومن أمثلة ذلك: الطبيب الذي يفتح عيادته لعموم الناس، ولا يمتنع من تَقَبُّل أي مريض في أي وقت يعتبر أجيراً مشتركاً، والمستشفيات الاستثمارية، ومعامل التحاليل، ومراكز الأشعة تعتبر في حكم الأجير المشترك، وتُطَبَّق عليها أحكامه[٤].

ثالثاً: الطبيب قد يكون أجيراً خاصاً، ولذلك أحوال أبرزها ما يلي:

أ - إذا كان العمل يختلف بحسب الحاجة، فإنه يُقَدَّر بالمدة، وذلك كمن استأجر طبيباً ليداوي عينيه، وبيَّن له عدد المرات أو الأيام التي يأتي فيها إليه[٥].

---

(١) ينظر: الأجير الخاص، الموسى ص١٦٦.

(٢) ينظر: أحكام عقد العلاج، حليبة ص٤٧٢ - طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب، آل الشيخ (٣/ ٢٨٥٨).

(٣) ينظر: الخبرة الطبية وأثرها في الإثبات، مساعد القحطاني (١/ ٢٤٧).

(٤) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص٤١.

(٥) ينظر: فتح العزيز (١٢/ ٣٢٥) - روضة الطالبين (٥/ ١٩٤) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٣) - مغني المحتاج (٣/ ٤٥٤) - المغني (٥/ ٤٠٠) - الإنصاف (٦/ ٧٥) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٢).

ب - إذا كان الطبيب يُسَلِّم نفسه للمريض أو من يقوم مقامه في زمن معين، يختص المريض فيه بنفعه، ولا يشاركه غيره، ومن أمثلة ذلك وتطبيقاته ما يلي:

١ - إذا تعاقد الطبيب مع شخص معين يُشْرِف على صحته وعلاجه، ويهب وقته كله له.

٢ - إذا كان العقد مع الطبيب على أن يقوم الطبيب برعاية المريض في داره مدة معينة من الوقت، محددة الابتداء والانتهاء، يختص المريض فيها بنفعه، ويمتنع على الطبيب خلالها أن يقوم بعمل آخر لغير المريض الذي استأجره هذه المدة.

٣ - معامل التحاليل ومراكز الأشعة إذا تعاقدت مع المريض، أو مع بعض الأشخاص الاعتباريين على القيام بعمل التحاليل والأشعة في مدة محددة، يختص المريض أو الأشخاص الاعتباريون فيها بمنفعة هذه المراكز أو المعامل دون غيرهم.

٤ - إذا اتفقت بعض المستشفيات الاستثمارية مع بعض الأطباء على العمل لديها في أوقات معينة يُتفق عليها، فإن الطبيب بالنسبة لهذه المستشفيات الاستثمارية يكون في حكم الأجير الخاص[1][2].

---

(١) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٢٥) - بحر المذهب، الروياني (٩/ ٣٢٣) - المحلى (٧/ ٢٢) - العقد الطبي، قيس المبارك ص ١٠٩ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص ٤٥ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص ٤٧٢ - طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب، آل الشيخ (٣/ ٢٨٥٨) - الخبرة الطبية وأثرها في الإثبات (١/ ٢٤٧).

(٢) حكى بعض الباحثين خلافاً في صفة استئجار الطبيب على ثلاثة أقوال: القول الأول: أنه أجير مشترك، والقول الثاني: أنه أجير خاص، والقول الثالث: أن عمله ضرب من ضروب =

يظهر أثر التفريق بين الطبيب الخاص والطبيب المشترك في العقد الطبي في مواضع أبرزها ما يلي:

١ - جواز الاستنابة إذا كان الطبيب أجيراً مشتركاً ولم يشترط عليه قيامه بالعمل الطبي بنفسه، وعدم جواز الاستنابة إذا كان الطبيب أجيراً خاصاً.

٢ - استحقاق الأجرة، فالطبيب الخاص يستحقها بتسليم نفسه، والطبيب المشترك يستحقها عند تسليمه للعمل الذي في ذمته، ويأتي تفصيل ذلك في مبحث مستقل.

= الجعالة، وبعضهم جعل الخلاف فيه على قولين: القول الأول: أنه أجير خاص، والقول الثاني: أنه أجير مشترك، والأقرب ما ذكرته سابقاً، وأن هذه أحوال ترد على صفة استئجار الطبيب، وليس ذلك من باب الخلاف الفقهي في صفته؛ ذلك لأن الفقهاء الذين نقل عنهم أنهم جعلوا الطبيب أجيراً خاصاً ورد عنهم التصريح بأنه أجير مشترك، والذين قالوا هو أجير مشترك ورد عنهم ما يدل على أنه في بعض الأحوال قد يكون أجيراً خاصاً. ينظر: الأجير الخاص، الموسى، ص١٦٥-١٦٦ - الخبرة الطبية وأثرها في الإثبات (١/ ٢٤٥-٢٤٧).

المطلب السابع
مدة العمل في عقد الإجارة الطبي

تقدم فيما سبق أن من شروط العقد الطبي العلم بالمعقود عليه في العقد الطبي، وأن العلم به يكون عن طريق التقدير بالمدة، أو التقدير بالعمل، ولما كانت المدة لها أحكام مهمة ينبغي إبرازها عقدت لذلك هذا المطلب، وفيه سأتناول ما يلي:

أولاً: شروط المدة:

يشترط في المدة في العقد الطبي، وفي غيره شرطان:

الشرط الأول: أن تكون المدة ضابطة للمنفعة المعقود عليها.

ويقصد بذلك: أن يكون العلم بالمدة في العقد الطبي علماً ترتفع به الجهالة، ويمتنع معه حصول النزاع والخصام، فتكون مدة محددة البداية والنهاية، معلومة القدر كشهر، أو يوم، أو أقل من ذلك أو أكثر.

الشرط الثاني: أن تكون المدة معروفة من الطرفين لا من أحدهما؛ وذلك لأن جهل أحد طرفي العقد بالمدة، أو جهله ببدايتها أو نهايتها يعد سبباً من الأسباب التي قد تفضي إلى التنازع[١].

واشتراط العلم بالمدة في عقد الإجارة يدل عليه ما يلي:

الدليل الأول: الإجماع[٢].

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص ١١٩.

(٢) ينظر: عمدة القاري (١٢/١٦٨) - شرح ابن بطال (٦/ ٤٧٠) - تفسير القرطبي =

الدليل الثاني : قياس العلم بالمدة في عقد الإجارة على العلم بعدد المكيلات في بيع الكيل، بجامع أن كلّاً منهما يعتبر ضابطاً للعقد ومعرِّفاً له، فلا بد من العلم به(١).

الدليل الثالث : أن المعقود عليه لا يصير معلوماً بدون ذكر المدة، وترك بيانها يوقع في الجهالة والغرر، ويفضي إلى المخاصمة والمنازعة(٢).

وفي التأكيد على أهمية هذين الشرطين يقول ابن قدامة رحمه الله : " المدة هي الضابطة للمعقود عليه، المُعَرِّفة له، فوجب أن تكون معلومة...وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح؛ لأن المدة مجهولة في حقه "(٣).

وبناءً على ما سبق فإن العقد الطبي يشترط فيه أن تكون المدة معلومة محددة لكل من الطبيب والمريض علماً يزيل الجهالة، ويرفع أسباب الخلاف.

ثانياً: كيفية تحديد المدة:

ذكر الفقهاء أن المدة يمكن تحديدها بالساعة، أو اليوم، أو الأسبوع، أو الشهر، أو السنة، أو نحو ذلك، ويسمونها : المياومة، والمشاهرة، والمسانهة، فالمياومة: اليوم، والمشاهرة: الشهر،

= (١٣/ ٢٧٥) - المجموع (٩/ ٢٥٨) - فتح الباري، ابن حجر (٥/ ١٤) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٤) - المغني (٥/ ٣٢٣) - الشرح الكبير (٦/ ٤٧) - شرح الزركشي (٤/ ٢٢٠) - الإنصاف (٦/ ٤٠)

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٣) - الشرح الكبير (٦/ ٤٧) - كشاف القناع (٤/ ٥).

(٢) ينظر : بدائع الصنائع (٤/ ١٨١) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦)

(٣) المغني (٥/ ٣٢٣).

والمسانهة: السنة، فكل مدة محددة معلومة البداية والنهاية لكلا المتعاقدين يصح التعاقد عليها.

وإذا وقع العقد في غرة الشهر وقع على الأهلة؛ لأن الشهر اسم للهلال، وإن قال: سنة هلالية، أو عددية كان له ثلاثمائة وستون يوماً؛ لأن الشهر العددي يكون ثلاثين يوماً.

ويجب تحديد الأوقات إذا أطلقت؛ حتى يرد العقد على مدة معلومة، فيقول: أعمل معك إلى عيد الفطر أو الأضحى، ويقول: أعمل معك شهر ربيع الأول ويحدد السنة، وكذلك لو قال: أعمل معك شهر محرم أو صفر فيبينه من أي سنة، ولو قال: أعمل معك يوم الإثنين فيبينه من أي أسبوع، وذلك لأن التحديد يرفع النزاع والجهالة، ويبعد عن الخصام والشقاق[1].

وما سبق كله ينطبق على العقد الطبي، فيمكن أن يحدد العقد الطبي بأي وقت من الزمان كالساعة، أو اليوم، أو الشهر، فمثلاً يقول الطبيب للمريض: أعالجك يوم الإثنين من كل أسبوع لمدة شهر، ونحو ذلك من الألفاظ المحددة.

ثالثاً: ابتداء المدة في الإجارة وانتهاؤها:

أ - ابتداء المدة في عقد الإجارة:

لا يخلو ابتداء المدة في عقد الإجارة من حالات:

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٣٧) - بدائع الصنائع (٤/ ١٨١) - البناية (١٠/ ٢٣٠) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦) - البيان والتحصيل (٨/ ٤٥٤)- القوانين الفقهية ص٢٩٨- مواهب الجليل (٥/ ٤١٠) - - الشرح الكبير (٤/ ١٢) - الأم (٤/ ٣٠) - روضة الطالبين (٥/ ١٩٦-١٩٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٥٤) - المغني (٥/ ٣٢٣-٣٢٤) - المبدع (٤/ ٤٢٦) - الإنصاف (٦/ ٤٠) (٦/ ٤٤) - كشاف القناع (٤/ ٦).

الحالة الأولى: أن تحدد بداية المدة، ويذكر ذلك في العقد فهذا عقد صحيح، ولا إشكال فيه.

الحالة الثانية: أن تحدد بداية المدة، لكن تكون مضافة إلى زمن مستقبل، كما لو اتفق العاقدان في عقد الإجارة وهما في شهر محرم على أن يعمل أحدهما عند الآخر مدة شهرين تبدآن من شهر رجب.

فهذه المسألة محل خلاف، والخلاف فيها على قولين:

القول الأول: التفريق بين إجارة الذمة وإجارة العين، فإذا وردت الإجارة على الذمة صح التأجيل والإضافة إلى الزمن المستقبل كما لو قال المستأجر لمن استأجره: ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا، غداً، أو غرة شهر كذا، وإن كانت الإجارة على العين لم يصح التأجيل ولا الإضافة إلى المستقبل كما لو قال المستأجر لمن استأجره: أجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج يوم غد، وهذا مذهب الشافعية(١).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قياس عقد الإجارة على البيع، فإن من باع عيناً على أن يكون تسليمها بعد شهر لم يصح بيعه، فكذلك الإجارة، بجامع أن كليهما عقد معاوضة يشترط فيه القدرة على التسليم في الحال(٢).

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق، فإن الإجارة المضافة إلى المستقبل جازت في الإجارة دون البيع للضرورة؛ لأن المنفعة حال

(١) ينظر: نهاية المطلب (٨/ ٩٨) - البيان (٧/ ٣٠٤) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٢) - مغني المحتاج (٣/ ٤٥٠).

(٢) ينظر: الوسيط (٤/ ١٦٢) - النجم الوهاج (٥/ ٣٣٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٧).

وجودها لا يمكن إنشاء العقد عليها فدعت الضرورة إلى الإضافة، ولا ضرورة في بيع العين لإمكان إيقاع العقد عليها بعد وجودها[١].

الدليل الثاني: القياس على إجارة العين المغصوبة، بجامع أنهما لا يمكن تسليمهما في الحال[٢].

ونوقش: بأن القدرة على التسليم إنما تجب عند وجوب التسليم، ولا يشترط ذلك حال العقد[٣].

الدليل الثالث: أن إضافة عقد الإجارة إلى زمن مستقبل يعد غرراً، إذ لا يدري العاقدان هل يعيشان إلى ذلك الزمن أم لا[٤].

ونوقش: بأن عروض الموت قد يكون في الأمد القصير والطويل، وقد يعرض للإنسان لحظة إنشائه للعقد، إذ لا يدري أحد ما يحدث بعد طرفة عين إلا الله.[٥].

القول الثاني: أن عقد الإجارة إذا أضيف إلى زمن مستقبل فهو عقد صحيح، سواءً كان ذلك في إجارة العين، أو في إجارة الذمة، وهذا مذهب الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، وقول عند الشافعية[٨]، وهو مذهب الحنابلة[٩].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٣).
(٢) ينظر: البيان (٧/ ٣٠٤) - المغني (٥/ ٣٢٤).
(٣) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٤).
(٤) ينظر: عمدة القاري (١٢/ ٨٣).
(٥) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة - المحلى (٧/ ٥).
(٦) ينظر: المبسوط(١٦/ ٣٧) - بدائع الصنائع(٤/ ٢٠٣) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٨) - حاشية ابن عابدين(٥/ ٢٥٦)
(٧) ينظر: شرح ابن بطال(٦/ ٣٨٨)- البيان والتحصيل (٩/ ٤٤) - بداية المجتهد(٤/ ١٣٥٠) - الشرح الكبير (٤/ ٤٥)
(٨) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ٢٥٨) - كفاية النبيه (١١/ ٢٣٦-٢٣٧) - حاشية الرملي (٢/ ٤٠٧).
(٩) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٤) - الإنصاف (٦/ ٤١) - كشاف القناع (٤/ ٦) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٢٣).

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

الدليل الأول: عن عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ قالت: (واستأجر رسول الله ﷺ ، وأبو بكر رجلاً من بني الدِّيل هادياً خِرِّيتاً، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما صبح ثلاث)(١).

وجه الدلالة: الحديث يدل على إباحة أن يستأجر الرجل الرجل على أن يدخل في العمل بعد أيام معلومة(٢)، وقد بوب الإمام البخاري على ذلك بقوله: " باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام، أو بعد شهر، أو بعد سنة جاز، وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل "(٣).

الدليل الثاني: أن الإجارة تتضمن تمليك المنافع، والمنافع لا يتصور وجودها في الحال، فتكون مضافة ضرورة؛ ذلك أن عقد الإجارة ينعقد شيئاً فشيئاً حسب حدوث المعقود عليه(٤).

الدليل الثالث: أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردة كالتي تلي العقد(٥).

الراجح: القول الثاني المتضمن صحة ورود عقد الإجارة على زمن مضاف إلى المستقبل ومدة لا تلي العقد؛ لأن الأصل في العقود الإباحة، ولأنه قد يكون فيها مصلحة معتبرة للمتعاقدين.

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٢٣٦.

(٢) ينظر: شرح ابن بطال على صحيح البخاري ((٦/ ٣٨٨) - عمدة القاري (١٢/ ٨٣).

(٣) ينظر: صحيح البخاري (٣/ ٨٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٣) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٨).

(٥) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٤) – الشرح الكبير (٦/ ٤٩) – المبدع (٤/ ٤٢٦) -كشاف القناع (٤/ ٦).

الحالة الثالثة: ألَاّ تحدد بداية المدة، ويكون العقد مطلقاً دون ذكرها، كأن يتفق العاقدان في عقد الإجارة على أن يعمل أحدهما عند الآخر شهراً أو سنة، ولا يعينان وقتاً محدداً لابتداء المدة.

وهذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء، والخلاف فيها على قولين:

القول الأول: أن عقد الإجارة لا يصح عند الإطلاق دون ذكر وقت ابتداء المدة وتعيينها، وهذا قول عند الشافعية[(١)]، وعند الحنابلة[(٢)]، وبه قال ابن حزم[(٣)].

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

الدليل الأول: أن المعقود عليه وهو الوقت غير معلوم، والاستئجار لأمر غير معلوم لا يصح، وجهالة الوقت تستلزم جهالة المعقود عليه، وذلك أكل للمال بالباطل، ويعود على العقد بالإفساد[(٤)].

ويمكن أن يناقش: بأن العلم بالمدة عند إطلاقها يتحقق بابتدائها عقب العقد، وبذلك تنتفي جهالة المدة، ويتحقق العلم بها.

الدليل الثاني: قياس عقد الإجارة على البيع، فكما أن البيع لا يصح إذا قال البائع: بعتك عبداً من العبيد، فكذلك الإجارة، بجامع أن كلّاً منهما عقد معاوضة يشترط فيه العلم بالمعقود عليه[(٥)]

---

(١) ينظر: البيان (٧/ ٣٠٤)- روضة الطالبين (٥/ ١٩٦) - كفاية النبيه (١١/ ٢٣٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٤).

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٤) – المبدع (٤/ ٤٢٦-٤٢٧) - كشاف القناع (٤/ ٧) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٢٣).

(٣) ينظر: المحلى (٧/ ١٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨١) – البيان (٧/ ٣٠٤) - المحلى (٧/ ١٤).

(٥) ينظر: البيان (٧/ ٣٠٤) - فتح العزيز (٦/ ١١٢).

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق، فإن الإجارة المطلقة إنما جازت في الإجارة دون البيع للضرورة؛ لأن المنفعة حال وجودها لا يمكن إنشاء العقد عليها فدعت الضرورة إلى ذلك، ولا ضرورة في بيع العين لإمكان إيقاع العقد عليها بعد وجودها[(١)].

القول الثاني: أن عقد الإجارة يصح عند الإطلاق، ويكون ابتداؤه من حين العقد، وهذا قول الحنفية[(٢)]، والمالكية[(٣)]، وقول عند الشافعية[(٤)]، وقال به جمهور الحنابلة[(٥)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القَصَص: ٢٧].

وجه الدلالة: أنه لم يحدد أول المدة، ولم يذكر ابتداءها، مما يدل على أن المدة يجوز أن تكون مطلقة[(٦)].

ونوقش: بأن ذكر أول المدة ليس في الآية ما يقتضي إسقاطه، بل هو مسكوت عنه، فإما رسماه، وإلا فهو من وقت العقد[(٧)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٣).

(٢) ينظر: المبسوط (١٥/ ٢٣٩) - بدائع الصنائع (٤/ ١٨١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٣) - العناية (٩/ ٩٦).

(٣) ينظر: المدونة (٣/ ٥١٩)- عقد الجواهر (٢/ ٨٤٥) – التاج والإكليل (٧/ ٥٧٦) - الشرح الكبير (٤/ ٤٤).

(٤) ينظر: البيان (٧/ ٣٠٤)- روضة الطالبين (٥/ ١٩٦) - كفاية النبيه (١١/ ٢٣٥) - مغني المحتاج (٣/ ٤٥٤).

(٥) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٤)- شرح الزركشي (٤/ ٢٢٠) – المبدع (٤/ ٤٢٦-٤٢٧) - كشاف القناع (٤/ ٧).

(٦) ينظر: المحرر الوجيز (٤/ ٢٨٥) - التسهيل، ابن جزي (٢/ ١١٢) – الإكليل ص٢٠٣ - روح المعاني (٢٠/ ٦٩) - المغني، ابن قدامة (٥/ ٣٢٤).

(٧) ينظر: المحرر الوجيز (٤/ ٢٨٥).

ويمكن أن يجاب: بأن عقد الإجارة إذا أطلقت فيه المدة فإن ابتداءها يكون من حين العقد.

الدليل الثاني: أن التعيين قد يكون نصاً، وقد يكون دلالة، وقد وجدت دلالة التعيين عند إطلاق المدة في عقد الإجارة من الأوجه التالية:

الأول: أن الإنسان إنما يعقد عقد الإجارة للحاجة، والحاجة تكون قائمة عقب العقد.

الثاني: أن العاقد يقصد بعقده الصحة، ولا صحة لهذا العقد إلا بصرفه للزمن الذي يعقب العقد.

الثالث: أنه إذا لم يتعين الزمن الذي يعقب العقد فإن الإجارة تصير مجهولة، والجهالة تبطلها(١).

الدليل الثالث: العمل بالعرف، حيث جرى العرف على أن المدة إذا أطلقت في عقد الإجارة فإنها تكون عقب العقد، وهذا هو المفهوم المتعارف في ذلك، فيعمل به(٢).

الراجح: القول الثاني المتضمن صحة عقد الإجارة عند الإطلاق، وتكون بداية العقد من حين إبرام العقد؛ لأن الأصل في العقود الإباحة، ولأنه قد يكون فيها مصلحة معتبرة للمتعاقدين.

ب - انتهاء المدة في عقد الإجارة:

لا تخلو نهاية المدة في عقد الإجارة من حالتين:

الحالة الأولى: أن يحدد طرفا العقد انتهاء مدة العقد، وينصان عليها، وهذا صحيح لا إشكال فيه.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨١).

(٢) ينظر: الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٦٣) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٤).

الحالة الثانية: ألّاً يحدد طرفا العقد وقتاً لانتهائه كما لو اتفق المُستأجِر مع من الشخص المُسْتأجَر أن يعمل عنده كل شهر، أو كل يوم بمبلغ من المال، ولم يحددا وقتاً لانتهاء العقد.

وهذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء، والخلاف فيها على النحو التالي:

القول الأول: أن هذا العقد بهذه الصيغة غير صحيح، وهذا قول جمهور الشافعية(١)، وبعض فقهاء الحنابلة(٢).

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن العقد ورد هنا على الشهر، وما زاد من الشهور، وهي مبهمة مجهولة، وقد ورد بصيغة واحدة مسترسلة على الشهور كلها، ولا يمكن التمييز في ذلك، فيصبح العقد باطلاً(٣).

ونوقش: بأن الشهر الأول يمكن تمييزه؛ حيث إنه قد وجد، فأصبح معلوماً، فلا يسلم بجهالته، وبقية الشهور يحصل العلم بها عند التلبس بها(٤).

وأجيب: بأن الشهر الأول، وإن كان معلوماً، فإنه أضيف إلى مجهول، والمعلوم إذا أضيف إلى مجهول صار الجميع مجهولاً(٥).

---

(١) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٧) –روضة الطالبين (٥/ ١٩٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٥٤).

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٣٣١) - الشرح الكبير (٦/ ٢٣) - المبدع (٤/ ٤١٤) - الإنصاف (٦/ ٢١).

(٣) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٧) - نهاية المطلب (٨/ ١١٣) - البيان (٧/ ٣٠٥) - المغني (٥/ ٣٣٢) - المبدع (٤/ ٤١٤)

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٢) - المغني (٥/ ٣٣١).

(٥) ينظر: البيان (٧/ ٣٠٥).

الدليل الثاني: القياس، وذلك من الأوجه التالية:

الوجه الأول: قياس قوله: أجرتك كل شهر بدرهم على قول: أجرتك زماناً، بجامع الجهالة فيهما[١].

ويمكن أن يناقش: بأن صيغة: أجرتك زماناً الجهالة فيها واضحة، وليس ذلك متحققاً في صيغة: أجرتك كل شهر بدرهم.

الوجه الثاني: قياس ذلك على بيع الصبرة، كل قفيز بدرهم، بجامع أن كلّاً منهما لا يصح؛ لأن ذكر القفيز من الصبرة وذكر الشهر في الإجارة لا يتضمن تقدير المعقود عليه من الجملة[٢].

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ فالصبرة يمكن معرفة جملتها عن طريق الكيل، وكل شهر في هذه الصيغة لا نهاية له، فلا يكون القياس صحيحاً[٣].

القول الثاني: أن العقد بهذه الصيغة يصح في الشهر الأول، ويفسد فيما عداه، وهذا قول جمهور فقهاء الحنفية[٤]، وقول عند المالكية[٥]، والشافعية[٦].

واستدلوا على ذلك: أن الشهر الأول قد وجد جزء منه وحصل،

---

(١) ينظر: البيان (٧/ ٣٠٥).
(٢) ينظر: الحاوي (٥/ ٣٢١) - نهاية المطلب (٨/ ١١٤)
(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٢).
(٤) ينظر: المبسوط(١٥/ ٢٣٨) - بدائع الصنائع (٤/ ١٨٢) - تبيين الحقائق(٥/ ١٢٢) -حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٠)
(٥) ينظر: النوادر والزيادات(٧/ ١٣٢) - البيان والتحصيل(٩/ ٤٤) - مناهج التحصيل (٧/ ٣٩٨)- الذخيرة (٥/ ٤٩٥)
(٦) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٧) - نهاية المطلب (٨/ ١١٣) - البيان (٧/ ٣٠٥) - روضة الطالبين (٥/ ١٩٧-١٩٨).

فأصبح معلوماً، والشهر لا يختلف، أما ما عداه من الشهور فهي مجهولة، وكلمة (كل) إذا دخلت على مجهول وأفرداه معلومة انصرف ذلك إلى الواحد؛ لكونه معلوماً، وفسد في الباقي للجهالة[١].

ونوقش: بأن الإجارة قد وردت على صيغة واحدة على الشهور كلها، فلا يصح تصحيحها في البعض دون البعض الآخر، ثم إن الشهر الأول وإن كان معلوماً فإنه أضيف إلى مجهول، والمعلوم إذا أضيف إلى مجهول صار الجميع مجهولاً[٢].

القول الثالث: أن العقد بهذه الصيغة يصح في الشهر الأول وما بعده، وهذا قول عند الحنفية[٣]، وهو مذهب المالكية لكنهم يجعلون العقد غير لازم إلا إذا دفع المستأجر الأجرة نقداً[٤]، وهو مذهب الحنابلة، ويصح عندهم في الشهر الأول بإطلاق العقد، وفيما بعده بالتلبس به[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (أصاب نبي الله ﷺ خصاصة[٦]، فبلغ ذلك علياً، فخرج يلتمس عملاً يصيب فيه شيئاً ليقيت

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٢) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٢) - مجمع الأنهر (١/ ٢٦٩) - الحاوي (٧/ ٤٠٧).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٨/ ١١٣) – البيان (٧/ ٣٠٥).

(٣) ينظر: البدائع (٤/ ١٨٢) – المحيط البرهاني (٧/ ٤٠٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٢) – حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٠).

(٤) ينظر: المدونة (٣/ ٥٩)- البيان والتحصيل (٩/ ٤٤) - الذخيرة (٥/ ٤٩٥) - الشرح الكبير (٤/ ٤٥).

(٥) ينظر: المغني (٥/ ٣٣١)- المبدع (٤/ ٤١٤) – الإنصاف (٦/ ٢١) – كشاف القناع (٣/ ٥٥٧).

(٦) الخصاصة: الجوع والضعف، وأصلها: الفقر والإملاق والحاجة. ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ١٥٣) - النهاية (٢/ ٩٩).

به رسول الله ﷺ ، فأتى بستاناً لرجل من اليهود، فاستقى له سبعة عشر دلواً[(١)]، كل دلو بتمرة، فخيره اليهودي من تمره، سبع عشرة عجوة[(٢)]، فجاء بها إلى نبي الله ﷺ)[(٣)].

وجه الدلالة: أن الحديث يدل على جواز الإجارة معادة، بأن يفعل الأجير عدداً معلوماً من العمل بعدد معلوم من الأجرة، وإن لم يبين في الابتداء مقدار جميع العمل والأجرة، وهذا نظير هذه المسألة، وأن من استأجر داراً كل شهر بشيء معلوم لزمه في الشهر الأول، وما بعده من الشهور يلزم بالدخول فيه[(٤)].

ويمكن أن يناقش: بأن الحديث ضعيف كما تبين في تخريجه.

ويمكن أن يجاب: بأن الدليل قد صححه بعض أهل العلم، فلا يمتنع الاستدلال به.

الدليل الثاني: أن الشروع في كل شهر مع ما تقدم في العقد من

---

(١) الدلو: ما يستقى به بحبل يشد في رأس جذع طويل. ينظر: تاج العروس (٣٨/ ٥٦) - معجم اللغة العربية المعاصرة (١/ ٧٦٦)

(٢) العجوة: ضرب من تمر المدينة، وقيل: من أجوده. ينظر: المحكم (٢/ ٢٨٢) - شرح النووي على مسلم (١٤/ ٣)

(٣) الحديث أخرجه بلفظه ابن ماجة في سننه، كتاب الرهون، باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة، ويشترط جلدة برقم (٢٤٤٦)، وأخرجه بألفاظ مقاربة أحمد في مسنده برقم(٦٨٧) ورقم(١١٣٥)، والترمذي في سننه، أبواب صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله برقم(٢٤٧٣)، والبيهقي في الكبرى برقم(١١٩٨٣)، وقال الترمذي: حديث حسن غريب، وضعفه البوصيري، وابن الملقن، والألباني، وجود ابن حجر بعض طرق الحديث، ونقل عن ابن السكن: أنه صححه. ينظر:المسند (١/ ٤٦٦)(٢/ ٨٠) – سنن الترمذي (٤/ ٢٢٧) – سنن ابن ماجة (٣/ ٥١٢) - السنن الكبرى، البيهقي(٦/ ١١٩) – مصباح الزجاجة (٣/ ٧٧) - البدر المنير (٧/ ٤٤) - التلخيص الحبير (٣/ ١٤٦-١٤٧) - إرواء الغليل (٥/ ٣١٥).

(٤) ينظر: تنقيح تحقيق أحاديث التعليق، ابن عبدالهادي(٣/ ٦٣) - نيل الأوطار (٥/ ٣٥١) - المغني (٥/ ٣٣٢).

الاتفاق على تقدير أجره، والرضى ببذله يجري مجرى ابتداء العقد، ويصير كالبيع بالمعاطاة إذا جرى ما يدل على التراضي بها(١).

الدليل الثالث: أن الإجارة صحت في الشهر الأول لأنه عمل معلوم يلي العقد، وأجرته معلومة، وصحت فيما بعده بالتلبس، لأن التلبس يتعين به الدخول في العقد(٢).

الدليل الرابع: أن هذا مما جرى تعامل الناس به، فيكون صحيحاً(٣).

ونوقش: بأن التعامل المخالف للدليل لا يعتبر(٤).

ويمكن أن يجاب: بأن هذا التعامل لم يخالف الدليل، بل وافقه، فصح الاحتجاج بمثل هذا التعامل.

الراجح: القول الثالث المتضمن صحة هذا العقد، في الشهر الأول بإطلاق العقد، وفيما بعده بالتلبس به والدخول فيه، ويكون العقد لازماً خلافاً للمالكية، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي:

أ - قيام الدليل على صحة ذلك، وجريان العرف به، وتعامل الناس على وفقه.

ب - ليس في هذا العقد جهالة تفضي إلى النزاع، فالأجرة معلومة، والمدة معلومة باليوم أو الشهر أو السنة، والعاقدان يمضيان في العقد أو ينهيانه متى أرادا ذلك(٥).

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٣٢) - الشرح الكبير (٦/ ٢٣) - كشاف القناع (٣/ ٥٥٧).

(٢) ينظر: المصادر السابقة، نفس أرقام الأجزاء والصفحات.

(٣) ينظر: المحيط البرهاني(٧/ ٤٠٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٢) - تكملة فتح القدير (٦/ ١٧٧).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٧/ ٤٠٧).

(٥) اختلف الفقهاء الذين ذهبوا إلى صحة العقد في بعضه أو مطلقاً في إنهاء العقد ورفعه، =

ج - أن فيه رفقاً بالناس ومصلحة معتبرة لطرفي العقد، والمصالح المعتبرة واردة في العقود.

د - يكون العقد لازماً؛ لأن الإجارة من العقود اللازمة، ولا يجوز أن تكون جائزة(١).

بناءً على ما سبق ذكره في مسألة ابتداء الإجارة وانتهائها، وما ترجح من أن الإجارة تصح إضافتها إلى زمن مستقبل ومدة لا تلي العقد، وأنها تصح مطلقة وتتعين عقب العقد، وأنها تصح إذا حددت بيوم أو شهر أو سنة بأجرة معينة ولم تذكر نهايتها، وتكون لازمة في الزمن الأول كاليوم الأول أو الشهر الأول أو السنة الأولى بالإطلاق، وفيما بعد ذلك بالتلبس بالعقد والدخول فيه، وهذا كله ينطبق على العقد الطبي، وفيما يلي ذكر أمثلة وتطبيقات لذلك:

المثال الأول: يصح التعاقد بين الطبيب والمريض، لو قال المريض للطبيب: أريد أن تجري لي علاجاً طبيعياً بعد يومين، أو بعد شهر، أو قال تجري ذلك في رمضان وهما في صفر، ونحو ذلك.

المثال الثاني: يصح التعاقد بين الطبيب والمريض لو قال المريض للطبيب أو الممرض: أريد منك أن تشرف على صحتي، وتقوم بمتابعة حالتي مدة عام، ولم يحددا بدايته، فتكون بدايته عقب العقد.

المثال الثالث: يصح التعاقد بين الطبيب والمريض لو قال المريض للطبيب: أريد منك أن تشرف على صحتي، وتتابع حالتي كل شهر بمبلغ كذا، ويعتبر الشهر الأول لازم لهما، وما بعده بدخولهما فيه.

= واختلفوا في زمن الخيار عند بدء المدة الجديدة. ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٢) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٢-١٢٣) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٠-٥١) - المغني (٥/ ٣٣١) -الإنصاف (٦/ ٢١-٢٢) - كشاف القناع (٣/ ٥٥٧).

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٣٢).

رابعاً: حكم تحديد المدة في عقد الإجارة:

اختلف الفقهاء في حكم تحديد المدة في عقد الإجارة، وخلافهم في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المدة في عقد الإجارة لا بد أن تكون محددة، ثم اختلف القائلون بالتحديد في تقدير ذلك، **فقيل**: لا تزيد مدة الإجارة على سنة واحدة، وهذا قول عند الشافعية[(١)]، والحنابلة[(٢)].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الإجارة أثبتت للحاجة، والحاجة في الأغلب لا تزيد عن سنة واحدة؛ إذ السنة تشتمل على جميع جهات المنفعة، وفيها تتكامل منافع الأعيان، وما زاد عنها فهو في حكم المتكرر[(٣)].

الدليل الثاني: أن الإجارة عقد على منافع قد تسلم، وقد لا تسلم، فإذا قل الزمان قل غررها فجاز وإذا طال الزمان كثر غررها فبطل[(٤)].

ونوقش: أن المانع إن كان هو الجهالة فلا جهالة، وإن كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو إلى ذلك، وأن هذا تحديد لم يقم عليه دليل[(٥)].

---

(١) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٥) - البيان (٧/ ٢٥٦) - روضة الطالبين (٥/ ١٩٦) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٣).

(٢) ينظر: المبدع (٤/ ٤٢٥) - الإنصاف (٦/ ٤٠).

(٣) ينظر: المهذب (٢/ ٢٣٨) - نهاية المطلب (٨/ ١١٠) - البيان (٧/ ٢٥٦) - المغني (٥/ ٣٢٥).

(٤) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٥).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨١) - المغني (٥/ ٣٢٥) - المحلى (٧/ ١١).

وقيل: لا تزيد مدة الإجارة على ثلاثين سنة، وهذا قول عند الشافعية[(١)]، والحنابلة[(٢)].

واستدلوا على ذلك: بأن هذه المدة هي المدة القصوى في تفاوض الناس، وهي نصف العمر غالباً، فما زاد عليها لا يكون للعاقد، والأشياء لا تبقى على حالة واحدة أكثر منها[(٣)].

ونوقش: بأن هذه المدة قيلت على سبيل التكثير، وإن كانت من باب التحديد فلا دليل عليها[(٤)]

وقيل: لا تزيد الإجارة على ثلاث سنين، وقيل: أربع، وقيل: عشر، وقيل: خمس عشرة، وقيل: عشرين، وقيل: يختلف باختلاف المستأجَر ففي الدور ثلاثون أو أربعون، وفي العبيد عشر أو خمسة عشر أو عشرون، وفي غيرها أقل، وهذه أقوال عند المالكية، وقول عند الحنابلة في السنين الثلاث[(٥)]. ولم أجد لهم دليلاً منصوصاً عليه إلا أن يقال: أن ذلك اجتهاد من الفقهاء في تقدير المدة.

وقد نوقش أصحاب هذا القول الأول الذين يرون التحديد من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن التفريق بين المدة الطويلة والقصيرة تفريق بلا دليل،

---

(١) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٥) - المهذب (٢/ ٢٣٨) - روضة الطالبين (٥/ ١٩٦) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٣).

(٢) ينظر: المبدع (٤/ ٤٢٥) - الإنصاف (٦/ ٤٠).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٨/ ١١٠) - البيان (٧/ ٢٥٦).

(٤) ينظر: المهذب (٢/ ٢٣٨) - البيان (٧/ ٢٥٧) - المغني (٥/ ٣٢٥) - المحلى (٧/ ١١).

(٥) ينظر: المدونة (٣/ ٤٤) - التبصرة (٩/ ٤٩٧٨) - البيان والتحصيل (٨/ ٤٥٠) - الذخيرة (٥/ ٤٢٤ - مواهب الجليل (٥/ ٤٠٩) - الإنصاف (٦/ ٤٠).

وتحكم بلا مستند، وليس التحديد بمدة أولى من التحديد بمدة غيرها[١].

الوجه الثاني: أن المخاوف لا تؤمن في قصير المدد كما لا تؤمن في طويلها[٢].

القول الثاني: أن الإجارة تجوز في طويل المدد وقصيرها، ولا فرق في ذلك، بشرط أن يكون الشيء المستأجَر مما يبقى غالباً في هذه المدة، وهذا مذهب الحنفية[٣]، ومذهب المالكية[٤]، وقول عند الشافعية صححه أكثر فقهائهم[٥]، وهو مذهب الحنابلة[٦]، وابن حزم[٧].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧].

وجه الدلالة: في الآية دليل على صحة عقد الإجارة لمدة طويلة، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يُنْسَخ[٨].

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٥) - المحلى (٧/ ١١).

(٢) ينظر: المحلى (٧/ ١١).

(٣) ينظر: البدائع (٤/ ١٨١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - العناية (٩/ ٦٣) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦).

(٤) ينظر: التبصرة (٩/ ٤٩٧٨) - عقد الجواهر (٢/ ٨٤٤)- الذخيرة (٥/ ٤٢٤) - مواهب الجليل (٥/ ٤٠٩-٤١٠)

(٥) ينظر: المهذب (٢/ ٢٣٨)- روضة الطالبين (٥/ ١٩٦) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٣).

(٦) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٤) - المبدع (٤/ ٤٢٥) - الإنصاف (٦/ ٤٠) - كشاف القناع (٤/ ٥).

(٧) ينظر: المحلى (٧/ ١١).

(٨) ينظر: أحكام القرآن، ابن العربي (٣/ ٥٠٨) - الإكليل (٣/ ١٠٨٠) - أضواء البيان (١/ ٣٨١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٦٣) - الحاوي (٧/ ٤٠٦) - المغني (٥/ ٣٢٥).

الدليل الثاني: روى مالك بن أنس رحمه الله أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - تكارى[١] أرضاً، فلم تزل في يديه بكراء حتى مات، قال ابنه: فما كنت أراها إلا لنا، من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته، فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها ذهب أو ورق[٢][٣].

فهذا الأثر استدل به العلماء على جواز كون مدة الإجارة طويلة[٤].

الدليل الثالث: أن الأصل الدوام والاستمرار، وليس هناك تحديد ولا ضبط من جهة الشرع لمدة الإجارة، فيكون الأمر مفوض إلى ما تراضى عليه العاقدان، سواءً قصرت المدة أم طالت[٥].

الدليل الرابع: أنها مدة معلومة، وإذا كانت المدة معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً، ولا معنى للمنع من صحة الإجارة الطويلة بعد كونها معلومة[٦].

الدليل الخامس: أن الضرورة والحاجة قد تدعو أن تكون الإجارة

---

(١) تكارى من الكراء، والكراء والإجارة عند الجمهور بمعنى واحد، وفرق بينهما فقهاء المالكية فسموا منفعة الآدمي إجارة، وخصوا منافع المتملكات باسم الكراء. ينظر: القوانين الفقهية ص٢٩٩ - مواهب الجليل (٥/ ٣٨٩).

(٢) الورق: المال من الدراهم، والدراهم المضروبة، والفضة، وهو المراد هنا. ينظر: المحكم (٦/ ٥٥٧) - النهاية (٥/ ٣٨٦)

(٣) أخرجه بلاغاً مالك في الموطأ في كتاب كراء الأرض برقم (٢٦٢٧)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٩٨٢) وابن الأثير في جامعه برقم (٨٤٩٦)، وهو من بلاغات مالك، والبلاغ من أقسام الضعيف، ولم أره موصولاً في التمهيد ولا عند ابن الصلاح. ينظر: الموطأ (٤/ ١٠٢٩) - السنن الكبرى (٦/ ١١٩) - جامع الأصول في أحاديث (١١/ ٢٦) - وصل بلاغات الموطأ، ابن الصلاح - شرح الزرقاني على الموطأ(١/ ٣٦٧).

(٤) ينظر: المنتقى (٥/ ١٤٧) - الحاوي (٧/ ٤٠٦).

(٥) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٦) - نهاية المطلب (٨/ ١١٠ -١١١).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦).

أكثر من سنة، خاصة في الغرس والبناء ونحوها، فتكون الإجارة صحيحة فيما زاد على السنة لأجل الضرورة والحاجة(١).

الدليل السادس: القياس، وذلك من الأوجه التالية:

أ - قياس الإجارة على البيع، فكما أن البيع لا تتقدر فيه بيوع الأعيان، فكذلك الإجارة لا تتقدر فيها بيوع المنافع، ويجمعهما أنهما من عقود المعاوضات(٢).

ونوقش: بأن الإجارة ليست كالبيع، فالبيع من خصائصه التأبيد، وليس ذلك من خصائص الإجارة، بل التأبيد في الإجارة يبطلها(٣).

ب - قياس صحة الإجارة فيما زاد على السنة على صحتها في السنة، بجامع أن المدة فيما زاد على السنة يمكن بقاء المنافع إليها، واستيفاؤها منها كالسنة(٤).

الدليل السابع: أن اعتبار كون المستأجَر مما يبقى غالباً أمر مهم؛ ذلك أن الإجارات تختلف باختلاف الأمن والخوف، والجدة والقدم، وطول العمر؛ والغالب كالمحقق(٥) في الأحكام فوجب العمل به، والمصير إليه(٦).

---

(١) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٦).

(٢) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٠٦) - المغني (٥/ ٣٢٥).

(٣) ينظر: العناية (٩/ ٦٣).

(٤) ينظر: الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٣٣) -كشاف القناع (٤/ ٥).

(٥) هذه القاعد ذكرها ابن نجيم في أشباهه، والمقري في قواعده، وغيرهما. ينظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٧٣ - قواعد الفقه، البركتي ص٢٨ - قواعد الفقه، المقري ص٩٠ - إيضاح المسالك ص٥٦.

(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - التبصرة (٤/ ٤٩٧٨-٤٩٧٩) - المحلى (٧/ ١١).

والراجح: القول الثاني، المتضمن جواز عقد الإجارة لمدة معينة طالت أم قصرت، إذا كانت المدة مما يتحقق أو يغلب على الظن بقاء الشيء فيها، ويؤيد هذا الترجيح أن الأدلة الواردة في صحة الإجارة لمدة طويلة ظاهرة الدلالة، ولأن شرط المدة أن تكون معلومة، فيجوز عقد إجارة الأشخاص على مدة يغلب على الظن بقاؤهم فيها، ولا يلزم تحديدها بمدة معينة، لأن التحديد لم يقم عليه دليل صحيح، ومما يدل على ضعف التحديد اضطراب الأقوال فيه حتى زادت على عشرة أقوال، بينما القول بإطلاق المدة لم يرد عليه هذا الاضطراب، وما كان أبعد عن الاضطراب والاختلاف كان أولى بالقبول، ثم إنه قد يكون في هذا العقد مصلحة معتبرة لطرفيه، والمصالح المعتبرة واردة في العقود ومعتبرة.

وبناءً على هذا القول الراجح يقال بصحة العقد الطبي الوارد على مدة طويلة إذا كانت العين مما يغلب على الظن بقاؤها في المدة، كما لو تعاقد المريض مع طبيب أو ممرض مدة عشر سنين أو أقل أو أكثر على القيام برعايته، أو أن يقوم بعلاجه، ويتصور هذا أكثر في المرضى المصابين ببعض الإعاقات، وكبار السن، والمصابين ببعض الأمراض المزمنة.

المطلب الثامن
توابع العقد في عقد الإجارة الطبي

المراد بهذا المطلب: ما يدخل تبعاً عند استئجار الطبيب، ويصبح لازماً عليه.

ومن الأمثلة المذكورة في كتب الفقهاء: الدواء، كحل الكحال، مرهم الطبيب[(١)].

ويمكن أن يمثل لها الآن: بخيوط الجراحة، والشاشات الطبية، والمعقمات، وقطرة العين، والبنج، ومرهم الجراحة، والحروق، والأدوية، وغيرها.

وبالنظر إلى كتب الفقهاء يتبين أنهم اختلفوا في مثل هذه الأمثلة على من تكون؟

وخلافهم في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن كحل الكحال يكون على المريض، فإن اشترط أن يكون على الطبيب كان عليه إلا الدواء فلا يصح اشتراطه على الطبيب، وهذا قول عند الشافعية[(٢)]، وهو المذهب عند الحنابلة[(٣)].

واستدلوا على ذلك: بأن الكحل ونحوه من آلات العمل، وآلات

---

(١) ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٤١٨) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٩٦) - كشاف القناع (٣/ ٥٦٣).

(٢) ينظر: البيان (٧/ ٣١٦) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٨) - مغني المحتاج (٣/ ٤٦٧).

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠)- المبدع (٤/ ٤٣٦) - الإنصاف (٦/ ٣٢) - كشاف القناع (٤/ ١٤).

العمل تكون على المستأجِر لا على الأجير، كاللَّبِن والطين في البناء، وإنما أجيز كون الكحل على الكحال عند الاشتراط؛ لأنه يشق على المريض تحصيله، وقد يعجز عنه بالكلية، فأجيز على خلاف الأصل نظراً للحاجة إليه، ولجريان العرف والعادة به، وهذا المعنى لا يتحقق في الدواء، فيبقى الحكم فيه على أصل المنع(١).

القول الثاني: أن كحل الكحال يكون على المريض، وكذا الدواء، ونحوه، ولا يصح اشتراط شيء من ذلك على الطبيب، وهذا قول المالكية(٢)، وقول عند الشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

واستدلوا بما يلي:

أ - أن الأعيان لا تملك ولا تستحق بعقد الإجارة، فلا يصح اشتراط ذلك على الطبيب، قياساً على لَبِن الحائط ونحوه لا يصح اشتراطه على العامل(٥).

ونوقش: بأن هذا ينتقض بالصبغ فهو على الصباغ، وبالحبر والأوراق فهي تكون على الوراق(٦).

وأجيب: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن تحصيل الصبغ على صاحب الثوب فيه مشقة، وقد يحتاج إلى مؤنة، فأجيز كون الصبغ

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠) - البيان (٧/ ٣١٦-٣١٧).

(٢) ينظر: التبصرة (٩/ ٤٩٦٢) - الذخيرة (٥/ ٤٢٣) - التاج والإكليل (٧/ ٥٥٢) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٥).

(٣) ينظر: البيان (٧/ ٣١٦) - فتح العزيز (٦/ ١٢٥) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٩) - كفاية النبيه (١١/ ٣١٧).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠) - الشرح الكبير (٦/ ٧٠) - المبدع (٤/ ٤٣٦) - الإنصاف (٦/ ٣٢).

(٥) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠) - البيان (٧/ ٣١٦-٣١٧).

(٦) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠).

على الصباغ للحاجة، وهذه الحاجة لا تتحقق في كحل الكحال ونحوه[(١)].

ويمكن أن يعترض على هذا الجواب: بأن الحاجة قد توجد في كحل الكحال ومرهم الطبيب.

ب - أنه إذا اشترط كون الكحل والدواء على الطبيب كان ذلك داخلاً في معنى بيعتين في بيعة المنهي عنها؛ لأنه يكون اشترى الكحل من الكحال، واستأجره على تكحيله في عقد واحد[(٢)].

ويمكن أن يناقش: بأن النهي عن البيعتين في بيعة يراد به إذا كان كل من المعقود عليه مقصود أصالة.

القول الثالث: أنه يرجع في ذلك إلى العادة، فإن اضطربت العادة وجب البيان، فإن لم يحصل البيان بطل العقد، ووجب للطبيب أجرة المثل، وهذا قول مصحح عند الشافعية[(٣)].

واستدلوا على ذلك: بأنه يرجع أولاً إلى العادة؛ لأنه إذا لم يرد شيء يضبط الحكم من جهة اللغة أو من جهة الشرع وجب الرجوع في ذلك إلى العرف والعادة، فإذا اضطربت العادة وجب البيان؛ لأنه لو لم يحصل البيان أفضى ذلك إلى الغرر المنهي عنه[(٤)].

القول الرابع: أنه يرجع في ذلك إلى عادة كل بلد، وهذا مذهب

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠).

(٢) ينظر: التبصرة (٩/ ٤٩٦٢) - الذخيرة (٥/ ٤٢٣) - البيان (٧/ ٣١٦-٣١٧).

(٣) ينظر: البيان (٧/ ٣١٦) - فتح العزيز (٦/ ١٢٥) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٦٧).

(٤) ينظر: المصادر السابقة، نفس أرقام الأجزاء والصفحات.

الحنفية[١]، وقول عند المالكية[٢]، وقول عند الشافعية[٣]، وقول عند الحنابلة[٤].

واستدلوا: بأنه إن لم يرد للحكم ضابط من جهة اللغة ولا من جهة الشرع فإنه يرجع فيها إلى العرف، وتوابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة أهل كل بلد[٥].

الترجيح: بالنظر إلى الأقوال السابقة لم يظهر لي ترجيح قول منها على آخر، وإنما أقول توابع العقد الطبي في صورة عقد الإجارة لا تخلو من الأحوال التالية:

الحالة الأولى: أن تكون مما يجب بأصل العقد، فهذه تكون على الطبيب، وتشمل كل ما يتمكن به المريض من استيفاء منفعة الطبيب، ومن أمثلة ذلك: أدوات الطبيب التي يعالج بها، ومتابعة المريض، فلو كان المريض مكسوراً وقام الطبيب بتجبير كسره، وجب عليه متابعة كسر المريض، وإذا لم يجبر الكسر أعاد تجبيره، ولو سقطت حشوة السن أعادها، ونحو ذلك.

الحالة الثانية: أن تكون مما يجب بالشرط، فتكون على الطبيب أو المريض بمقتضى ذلك، ومن الأمثلة: لو شرط أحد العاقدين في العقد الطبي على الآخر أن يكون عليه المرهم العلاجي، أو المعقمات، أو الحقن.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٩) - الهداية (٣/ ٢٣٩) - البناية (١٠/ ٢٩٤) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٤).

(٢) ينظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٨٤٩) - التاج والإكليل (٧/ ٥٥٢) - منح الجليل (٧/ ٥٠٤).

(٣) ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٤١٨) - مغني المحتاج (٣/ ٤٦٧) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٩٦).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠) - الشرح الكبير (٦/ ٧٠) - المبدع (٤/ ٤٣٦) - الإنصاف (٦/ ٣٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٦٧).

الحالة الثالثة: أن تكون مما يجب بالعرف، فتكون على الطبيب أو المريض بمقتضى العرف، فالعرف اليوم قائم على أن الدواء وثمن التحاليل والأشعة على المريض، وأن مراهم الجراحة وخيوطها، ومراهم الحروق، والبنج، وتركيب الأدوية، وحقن المريض بالحقنة[١] عند احتياجه إليها تكون على الطبيب.

الحالة الرابعة: إذا لم يوجد شرط ولا عرف، أو اضطرب العرف، ينظر إن كان ذلك التابع مما يتسامح فيه الناس، وكان لا يورث نزاعاً كان على من تحمله منهما، وإن كان لا يتسامح به في المعاملة، أو كان يورث نزاعاً وجب عند التعاقد بيانه، وبيان من يكون عليه من الطبيب أو المريض.

وهذه الحالات الأربع أخذتها من نصوص الفقهاء، ومدلول كلامهم.

قال بدر الدين العيني رحمه الله: "الأصل في الإجارة إذا وقعت على عمل، فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف"[٢].

وجاء في كشاف القناع وغيره: "يلزمه ما العادة أن يباشره، من وصف الأدوية، وتركيبها، وعملها، فإن لم يكن عادته تركيبها لم يلزمه، ويلزمه أيضا ما يحتاج إليه من حقنة، وفصد[٣]، ونحوهما، إن شرط

---

(١) الحقنة: كل دواء يحقن به المريض، وأصل الحقن: جمع الشيء، وتطلق على إعطاء المريض الدواء من أسفله. ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ٨٨) - النهاية (١/ ٤١٦)- المغرب (١/ ٢١٧) - لسان العرب (١٣/ ١٢٥).

(٢) البناية (١٠/ ٢٩٤).

(٣) الفصد: قطع العروق حتى يسيل الدم، وخصه بعضهم بقطع الوريد وإخراج شيء من دمه بقصد التداوي. ينظر: مقاييس اللغة (٤/ ٥٠٧) - النهاية في غريب الحديث (٣/ ٤٠٥) - معجم لغة الفقهاء ص٣١٥.

عليه، أو جرت العادة أن يباشره، وإلا فلا "[١].

قال النووي رحمه الله : " ما يتفاوت به الغرض، ولا يتسامح به في المعاملة يشترط تعريفه"[٢].

(١) كشاف القناع (٤/ ١٤) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٤).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢٠٧).

المبحث الثاني
العقد الطبي عقد جعالة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الجعالة في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: أدلة مشروعية عقد الجعالة.

المطلب الثالث: الفرق بين الإجارة والجعالة.

المطلب الرابع: صور ورود الجعالة في العقد الطبي.

المطلب الخامس: ضوابط محل العقد الطبي في صورة الجعالة.

المطلب الأول

تعريف عقد الجعالة في اللغة والاصطلاح

الجعالة في اللغة:

قال ابن فارس: " الجيم والعين واللام كلمات غير منقاسة، لا يشبه بعضها بعضاً "[١].

والجعالة مثلثة، فيقال: جعالة، بالفتح، والضم، والكسر[٢]. وأجعله له: أعطاه إياه، والجاعل: المعطي، والمجتعل: الآخذ، وتجاعلوا الشيء: جعلوه بينهم[٣].

والجعل، والجعول، والجعال، والجعيلة، والجعالة: ما يجعل للإنسان على أمر يفعله، وعمل يقوم به[٤]

والفعل (جعل) يأتي لمعان كثيرة منها: بيان قدر الأجرة، والوضع، والصنع، والتصيير، والإقبال مع الأخذ، والقول، والتبيين، والتشريف، والتسمية، والخلق، والحكم بالشيء، والتبديل، والشرط، وغيرها[٥].

---

(١) مقاييس اللغة (١/ ٤٦٠).

(٢) ينظر: المحكم (١/ ٣٢٨) - إكمال الإعلام (١/ ١٠) - المطلع ص٣٤٠ - لسان العرب (١١/ ١١١)

(٣) ينظر: تهذيب اللغة (١/ ٢٤٠) - مقاييس اللغة (١/ ٤٦٠) - المحكم (١/ ٣٢٨) - المعجم الوسيط (١/ ١٢٦).

(٤) ينظر: تهذيب اللغة (١/ ٢٤٠) - مقاييس اللغة (١/ ٤٦٠).

(٥) ينظر: تهذيب اللغة (١/ ٢٤٠) - المحكم (١/ ٣٢٧) - أساس البلاغة، الزمخشري (١/ ١٤١) - لسان العرب (١١/ ١١٠ - ١١١) - تاج العروس (٢٨/ ٢٠٨ - ٢٠٩) - المعجم الوسيط (١/ ١٢٦).

وقد ذهب بعض المختصين إلى أن المعنى المحوري للفعل (جعل): تحويل الشيء إلى وضع أو هيئة معينة، بعد تحول كتلته، أو انتقالها[١].

والذي يهمنا منها المعنى الأول، وهو: ما يجعل للإنسان على أمر يفعله، وعمل يقوم به.

الجعالة في الاصطلاح:

عرفت الجعالة اصطلاحاً بعدد من التعريفات أبرزها ما يلي:

التعريف الأول: ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله، وبهذا عرفها جمهور فقهاء الحنفية[٢]،

التعريف الثاني: عقد معاوضة،على عمل آدمي، يجب عوضه بتمامه، لا بعضه ببعضه، وبهذا عرفها جمهور فقهاء المالكية[٣].

التعريف الثالث: التزام عوض معلوم،على عمل معين، معلوم، أو مجهول، يعسر عمله، وبهذا عرفها فقهاء الشافعية[٤].

التعريف الرابع: أن يجعل شيئاً معلوماً، لمن يعمل له عملاً معلوماً، أو مجهولاً، مدة معلومة، أو مجهولة، وبهذا عرفها جمهور فقهاء الحنابلة[٥].

---

(١) ينظر: المعجم الاشتقاقي المؤصل (١/ ٣١٩).

(٢) ينظر: العناية (٥/ ٣) - فتح القدير (٥/ ٣)- البحر الرائق (٥/ ٧٩) - حاشية ابن عابدين (٤/ ١٢٧).

(٣) ينظر: حدود ابن عرفة(٢/ ٥٢٩) - مواهب الجليل(٥/ ٤٥٢) - الفواكه الدواني(٢/ ١١٠)- البهجة (٢/ ٣٠٩)

(٤) ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٤٣٩) - الإقناع (٢/ ٣٥٣) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٥) - إعانة الطالبين (٣/ ١٤٦).

(٥) ينظر: الإنصاف (٦/ ٣٨٩) - الروض المربع ص٤٤٥ - هداية الراغب (٣/ ٥٥) - نيل المآرب (١/ ٤٦٥).

بالنظر إلى التعاريف السابقة يتضح ما يلي:

أولاً: أن هذه التعريفات تجتمع على أن الجعالة تطلق على كل عقد يتضمن بذل مبلغ من المال لقاء عمل يقوم به المجعول له، والحنفية خصوا العمل الذي تجوز فيه الجعالة برد الآبق(١)، وإعطاء الغزاة(٢)، وأما الجمهور فقد عمموا، ولم يخصصوا صوراً دون أخرى.

ثانياً: بعض التعريفات السابقة نقلت تعريف الجعالة في اللغة، ولم تقيده أو تضبطه، كما في تعريف فقهاء الحنفية، وجميع التعريفات السابقة عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة غير مانعة؛ لأنها لم تقيد العمل بكونه مباحاً، ويرد على تعريف المالكية والشافعية أنهما تعريفان غير جامعين؛ لأنهما لم يبينا أن المدة في العمل قد تكون معلومة أو مجهولة كما بينه فقهاء الحنابلة، ويرد على تعريف الشافعية والحنابلة أنهما لم يبينا أن الجعل لا يستحقه العامل إلا بتمام العمل، أو انتهاء المدة كما بينه فقهاء المالكية(٣).

وعليه فيكون التعريف الأقرب أن تضاف القيود التي لم تذكر في التعاريف، ومن ثم يُخْلَص إلى التعريف التالي: جعل عوض معلوم على عمل مباح، معلوم، أو مجهول، يجب ذلك العوض بتمام العمل، أو انتهاء المدة.

---

(١) الآبق: العبد المملوك الذي يفر من مالكه قصداً. ينظر: أنيس الفقهاء ص٦٨- التعريفات ص٢٠ - المطلع ص١٧٥

(٢) ينظر: المبسوط (١١/ ٥١) - بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤) - العناية (٥/ ٤٤٣) - فتح القدير (٥/ ٤٤٣) - البحر الرائق (٥/ ٧٩) (٥/ ١٧٤) - مجمع الأنهر (١/ ٦٣٣) - حاشية ابن عابدين (٤/ ١٢٧) (٤/ ٢٨٩).

(٣) ينظر: الجعالة وأحكامها، خالد الجميلي ص١٦ - ٢٨ - الجعالة على الأعمال، جمال الفرا ص١١ -١٤ - الفروق الفقهية بين الإجارة والجعالة، محمد الشواي ص ٥٩ - ٦٤.

المطلب الثاني
أدلة مشروعية عقد الجعالة

عقد الجعالة من العقود المشروعة، وقد دل على اعتباره ما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يُوسُف: ٧٢].

وجه الدلالة: الآية تدل على مشروعية الجعالة؛ لأن يوسف عليه السلام وعد من يحضر له الصواع بالمكافأة إذا أحضره، وهذا معنى الجعالة، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد في شرعنا ما ينسخه، ولا ناسخ هنا، وبهذه الآية استدل جمهور المفسرين(١)، والفقهاء(٢) على مشروعية الجعالة(٣).

(١) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (٤/ ٣٩٠-٣٩١) - تفسير القرآن، السمعاني (٣/ ٥٠) - أحكام القرآن، الكيا (٤/ ٣٣٢) - أحكام القرآن، ابن العربي (٣/ ٦٥) - الجامع لأحكام القرآن (٩/ ٢٣٢) - أنوار التنزيل (٣/ ١٧١) - تفسير ابن كثير (٤/ ٤٠١) - تيسير البيان (٣/ ٣٨٧) - الإكليل ص ١٥٦ - التحرير والتنوير (١/ ٩٦).

(٢) ينظر: الاستذكار (٦/ ٥٤٤) - المنتقى (٥/ ١١٠) - البيان والتحصيل (١٥/ ٢٢٩)- الذخيرة (٦/ ٦) - مواهب الجليل (٥/ ٤٥٢) - الحاوي (٨/ ٣٠) - المهذب (٢/ ٢٧١) - فتح العزيز (٦/ ١٩٦) - مغني المحتاج (٣/ ٦١٧) - المغني (٦/ ٩٣)- شرح الزركشي (٤/ ٣٤٠) - المبدع (٥/ ١١٤) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٢)

(٣) خالف بعض فقهاء الحنفية في الاستدلال بهذه الآية محتجين بأن الخطاب فيها لم يتوجه لأقوام بأعيانهم، وأن هذا فيه تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار والقمار حرام، وخالف ابن حزم في الاحتجاج بها بناءً على قاعدته في أن شريعة من قبلنا ليست شرعاً لنا. ينظر: المبسوط (١١/ ٣٢) - المحلى (٧/ ٣٥-٣٦).

ثانياً: من السنة:

الدليل الأول: ما جاء في حديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ: (أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله)[١].

الدليل الثاني: عن خارجة بن الصلت عن عمه أنه مر بقوم فأتوه، فقالوا: إنك جئت من عند هذا الرجل بخير، فارق لنا هذا الرجل، فأتوه برجل معتوه في القيود، فرقاه بأم القرآن ثلاثة أيام غدوة وعشية، وكلما ختمها جمع بزاقه، ثم تفل فكأنما أنشط من عقال، فأعطوه شيئا، فأتى النبي ﷺ فذكره له فقال النبي ﷺ: (كل فلعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق)[٢].

وجه الدلالة من الحديثين: في الحديثين دلالة على جواز الجعالة، حيث أقر النبي ﷺ الراقي على أخذ العوض مقابل الرقية، والعوض والعمل غير معلومين؛ إذ قد يبرأ اللديغ، وقد لا يبرأ، وهذه صفة الجعالة[٣].

الدليل الثالث: عن أبي قتادة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ يوم حنين: (من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه[٤])[٥].

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٥. (٢) الحديث سبق تخريجه ص ٢٤٦.

(٣) ينظر: بهجة النفوس، أبو جمرة (٢/ ٢٢٨-٢٢٩) - فتح الباري (٤/ ٤٥٦) - الجعالة، الجميلي ص٣٣.

(٤) السلب: ما يأخذه أحد القِرنين في الحرب من قِرنه مما يكون عليه ومعه من سلاح وثياب ودابة وغيرها. ينظر: مشارق الأنوار (٢/ ٢١٧) - حدود ابن عرفة (١/ ٢٣٤) - النهاية (٢/ ٩٧٤) - المصباح المنير (١/ ٢٨٤).

(٥) هذا الحديث أخرجه الإمام البخاري، كتاب المغازي، باب من لم يخمس الأسلاب، ومن قتل قتيلاً فله سَلَبه من غير أن يخمس وحكم الإمام فيه برقم (٣١٤٢)، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل برقم (١٧٥١). ينظر: صحيح البخاري (٤/ ٩٢) - صحيح مسلم (٣/ ١٣٧٠).

وجه الدلالة: أن السَلَب جُعْلٌ يستحقه المحارب بناء على الشرط، ولا يعتبر جزءاً من الغنيمة، ولا يُخَمَّس؛ لأنه حق خالص لمن نفذ الشرط، ومن لم ينفذ الشرط لم يستحق سلباً، وهذه هي الجعالة(١).

الدليل الرابع: الآثار الواردة في جعل الآبق، ومنها ما يلي:

الأثر الأول: أن النبي ﷺ قضى في الآبق يوجد في الحرم بعشرة دراهم(٢).

الأثر الثاني: أن عمر رضي الله عنه جَعَل في جُعْل الآبق ديناراً، أو اثني عشر درهماً(٣).

الأثر الثالث: عن أبي عمرو الشيباني قال: أصبت غلماناً أُبَّاقاً بِالعَيْن(٤)، فأتيت عبد الله بن مسعود فذكرت ذلك له، فقال: الأجر والغنيمة، قلت: هذا الأجر فما الغنيمة؟ قال: أربعون درهماً من كل رأس(٥).

---

(١) ينظر: الاستذكار (٥/ ٦٠) - المنتقى (٣/ ١٩١) - شرح النووي على مسلم (١٢/ ٥٩) - فتح الباري (٦/ ٢٤٧).

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٤٩٠٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢١٩٣٨) والبيهقي في الكبرى برقم (١٢٤٨٢) وقال عنه: إسناده منقطع، ونقل عن الإمام أحمد قوله: لم يثبت عن النبي ﷺ في جعل الآبق شيء، وضعفه الألباني في الإرواء. ينظر: المصنف، عبدالرزاق (٨/ ٢٠٧) - المصنف، ابن أبي شيبة (٤/ ٤٤٢) - السنن الكبرى (٦/ ٢٠٠) - معرفة السنن والآثار، البيهقي (٩/ ٨٨) - إرواء الغليل (٦/ ١٤).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢١٩٤٠)، وابن حزم في المحلى، وإسناده ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة ضعيف، والعزرمي متروك الحديث. ينظر: المصنف (٤/ ٤٤٢) - المحلى (٧/ ٣٩).

(٤) العين هي عين التمر، وهي بلدة قريبة من الأنبار، غربي الكوفة، تمرها كثير، فتحها المسلمون أيام أبي بكر الصديق على يد خالد بن الوليد رضي الله عنه سنة ١٢هـ. ينظر: معجم البلدان(٤/ ١٧٦)- الروض المعطار ص٤٢٣.

(٥) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٤٩١١) وابن أبي شيبة في مصنفه برقم =

ثالثاً: من الإجماع:

أجمع العلماء على مشروعية الجعالة في رد الآبق[(١)]، وفي ذلك يقول ابن قدامة رحمه الله: " الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة، وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً "[(٢)].

وحكى الحنفية إجماع الصحابة على مشروعية الجعل في رد الآبق[(٣)].

رابعاً: من المعقول:

وقد دل العقل على اعتبار الجعالة ومشروعيتها من أوجه متعددة أبرزها ما يلي:

الوجه الأول: الحاجة إلى الجعالة، فقد يشرد البعير، وتضل الضالة، ولا يوجد من يتبرع بالبحث عنهما، ولا يمكن الاستئجار على ذلك؛ للجهالة في العمل، وجهالة العمل تمنع صحة الإجارة، فلم يبق غير الجعالة طريقاً لذلك، وفيها منفعة للناس، ورفق بهم، والشارع الحكيم لا يمنع ما فيه منفعة للناس، وبهم حاجة إليه[(٤)]، "فلو لم تجز

= (٢١٩٣٩)، والطبراني في الكبير برقم (٩٠٦٦)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٢٤٨٥) وقال: هذا أمثل شيء روي في هذا الباب. ينظر: مصنف عبدالرزاق (٨/ ٢٠٨) - مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٤٢٢) - المعجم الكبير (٩/ ٢١٩)- السنن الكبرى (٦/ ٢٠٠).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤) - الاستذكار (٦/ ٥٤٤) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٦٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣٩) - مغني المحتاج (٣/ ٦١٧) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٥) - المغني (٦/ ٩٣).

(٢) المغني (٦/ ٩٣).

(٣) ينظر: المبسوط (١١/ ٣٠) - الهداية (٢/ ٤٢١) - تبيين الحقائق (٣/ ٣٠٨)- حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٩٠).

(٤) ينظر: المقدمات الممهدات (٢/ ١٧٦) - البيان والتحصيل (١٥/ ٤٠٢) - المهذب (٢/ ٢٧٢) – البيان، العمراني (٧/ ٤٠٧) - فتح العزيز (٦/ ١٩٦) - المغني (٦/ ٩٤) - شرح الزركشي (٤/ ٣٣٩) - المبدع (٥/ ١١٤).

لفات على المُلَّاك ما يحصل لهم من رد المفقود من أموالهم كالعبد الآبق، والفرس العائر[١]، والجمل الشارد، فشرعت الجعالة رفقاً بالفاقد والواجد"[٢].

الوجه الثاني: رعاية المال والمحافظة عليه، فإن استحقاق الجعل طريق لصيانة الأموال عن الضياع، وصيانة المال عن الضياع من الواجبات[٣].

خامساً: العرف:

حيث تعارف الناس على العمل بالجعالة، ومضى عمل المسلمين على ذلك في سائر الأمصار على قديم الأوقات والأعصار[٤].

---

(١) العائر: الضال، المتفلت من صاحبه، والمتردد. ينظر: مقاييس اللغة (٤/ ١٩٢) - مشارق الأنوار (٢/ ١٠٦).

(٢) قواعد الأحكام (١/ ٢٣٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤).

(٤) ينظر: المقدمات الممهدات (٢/ ١٧٦) - الفواكه الدواني (٢/ ١١١) - حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٧٩)

المطلب الثالث

الفرق بين الجعالة والإجارة

قبل ذكر الفروق بين الجعالة والإجارة سأذكر أوجه الشبه بينهما، ثم أذكر الفروق بعد ذلك.

أولاً: أوجه الشبه بين عقد الإجارة وعقد الجعالة: وذلك من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن الجعالة نوع من أنواع الإجارة فالجعالة هي" الإجارة على منفعة يضمن حصولها"(١).

جاء في الإنصاف: " الجعالة نوع إجارة؛ لوقوع العوض في مقابلة منفعة "(٢).

الوجه الثاني: أن كلاً منهما من عقود المعاوضات، وعقود المعاوضات تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين، وعقدا الإجارة والجعالة فيهما مبادلة مال بمنفعة، وهذه من صفات المعاوضة.

الوجه الثالث: أن الفقهاء يشترطون في كل من عقدي الإجارة والجعالة أن تكون المنفعة المعقود عليها منفعة مباحة، وأن يكون العوض فيهما مباحاً؛ لأن المنفعة المحرمة لا يصح بذل العوض فيها، والعوض المحرم لا يصح بذله في منفعة مباحة.

---

(١) القوانين الفقهية ص٢٩٨.

(٢) الإنصاف (٦/ ٣٨٩).

الوجه الرابع: أن الفقهاء يشترطون أهلية العاقد في كل من عقدي الإجارة والجعالة، فلا بد أن يكون كل من العاقدين مكلفاً غير محجور عليه.

الوجه الخامس: أن الفقهاء يشترطون أن تكون الأجرة في الإجارة والجعل في الجعالة مالاً معلوماً، ولو بالعرف، فإن كان مجهولاً فسد العقد[(١)]؛ لأن العوض لا يصح أن يكون مجهولاً[(٢)].

ثانياً: أوجه الفرق بين عقد الإجارة وعقد الجعالة:

الفرق الأول: أن عقد الإجارة عقد لازم، أما عقد الجعالة قبل الشروع في العمل فهو عقد جائز[(٣)].

الفرق الثاني: أن عقد الإجارة لا بد فيه من تعيين العاقدين، بينما يصح أن يكون العامل في عقد الجعالة مبهماً غير معين[(٤)].

---

(١) خالف بعض فقهاء المالكية والحنابلة في بعض الصور، وسيأتي تفصيل ذلك.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٩٣) - العناية (٥/ ٣) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ١٥) - الذخيرة(٦/ ٦) - مواهب الجليل (٥/ ٤٥٢) - الشرح الكبير، الدردير(٤/ ٦٠) - الحاوي (١٥/ ٢٤٣) - المهذب(٢/ ٢٧٢) - روضة الطالبين (٥/ ٢٦٩) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٧)- الكافي(٢/ ١٨٧) - المبدع (٤/ ٦٣) - الإنصاف(٦/ ٣٨٩)

(٣) ينظر: المبسوط (٢١/ ٢٩٧) - البدائع (٤/ ٢٠١) - تبيين الحقائق (٥/ ٢٨٢) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٦٧) - الذخيرة (٥/ ٥٠٠) - الشرح الكبير (٤/ ٦٠) - الحاوي (٧/ ١٢٧) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٣) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٦) - المغني (٥/ ٣٣٢) - المبدع (٤/ ٤٣٨) - كشاف القناع (٤/ ٢٣)- القواعد والأصول الجامعة، السعدي ص١٢٩ - الجعالة، الخفيف ص١٣١ - الجعالة، الجميلي ص١٥٣ - الجعالة، الفرا ص٤٣.

(٤) ينظر: المدونة (٤/ ٤٥٨)- الشرح الكبير (٤/ ٦٠) - حاشية الصاوي (٤/ ٧٩) - الحاوي (٨/ ٣١) - نهاية المطلب (٨/ ٤٩٩)- فتح العزيز (٦/ ١٩٧) - المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٣) - القواعد والأصول الجامعة ص١٣٠ - الجعالة، الجميلي ص١٥٦- التطبيقات المعاصرة للجعالة ص ٥٠.

الفرق الثالث: أن عقد الإجارة يشترط فيه تعيين وتحديد العمل والمدة، بينما لا يشترط في عقد الجعالة أن يكون العمل معيناً، بل يصح أن يكون مبهماً، وكذلك المدة[١].

الفرق الرابع: أن الأجير في عقد الإجارة يستحق العوض مقابل ما قدمه من عمل، أما في عقد الجعالة فلا يستحقه إلا بإتمام العمل وتسليمه[٢].

الفرق الخامس: عقد الإجارة لا بد فيه من قبول الأجير لفظاً، أو ما يقوم مقامه، بينما عقد الجعالة لا يشترط فيه ذلك، بل يقوم العمل فيه مقام القبول[٣].

الفرق السادس: أن الإجارة قد تكون على منافع الأعيان، كالدور والدواب، أو على منافع الإنسان كاستئجار العمال، بينما الجعالة لا تكون إلا على منافع الإنسان وعمله[٤].

---

(١) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤٢٦) - التاج والإكليل (٧/ ٥٠٣) - حاشية الدسوقي (٤/ ٦٠) - الحاوي (٨/ ٣١) - المهذب (٢/ ٢٧٢) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٠) - المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١١٥) - الإنصاف (٦/ ٣٩٠) - القواعد والأصول الجامعة ص١٣٠ - الجعالة، الخفيف ص ١٣٠ - الجعالة، الجميلي ص١٥٦.

(٢) ينظر: القوانين الفقهية ص ٢٩٨ - التاج والإكليل (٧/ ٥٩٦) - الشرح الكبير، الدردير (٤/ ٦٣) - المهذب (٢/ ٢٧٢) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢) - مغني المحتاج (٥/ ٤٦٦) - الكافي (٢/ ١٨٧) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٣) - القواعد والأصول الجامعة، السعدي ص١٣٠ - الجعالة، الخفيف ص ١٣٠.

(٣) ينظر: مغني المحتاج (٣/ ٦١٩) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٦) حاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ٢٣٩) - شرح الزركشي على الخرقي (٤/ ٣٤٠) - المبدع (٥/ ١١٥) - الروض المربع ص٤٤٥ - الجعالة، الجميلي ص١٥٦.

(٤) ينظر: الجعالة والاستصناع، شوقي دنيا ص١٦.

وهناك فروق أخرى غير ما ذكرت إلا أن أكثرها محل خلاف[(١)].

(١) ينظر: المبسوط (١٦/ ١١٣) - الاختيار (٢/ ٥٥) - تبيين الحقائق (٣/ ٣٠٩)- حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٩) - البيان والتحصيل (٨/ ٤١١)- الذخيرة (٥/ ٣٨٦) - التاج والإكليل(٧/ ٥٠٠) - الشرح الكبير، الدردير (٤/ ١٠) - المهذب (٢/ ٢٧٣) - نهاية المطلب (٨/ ٧٣) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٤) (٥/ ٢٧٣) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٣) - المغني (٦/ ٩٤-٩٥) (٩/ ٢٣٠) - المبدع (٤/ ٤٣٠) (٥/ ١١٦) - الإنصاف(٦/ ٤٥) (٦/ ٣٨٩-٣٩١) - كشاف القناع (٤/ ١١) (٤/ ٢٠٦) - مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٧) - الفروق الفقهية بين الإجارة والجعالة ص١٠٢ - ١٢٩ - التطبيقات المعاصرة للجعالة ص٥٠ - ٥٢.

المطلب الرابع

صور ورود الجعالة في العقد الطبي

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: اللفظ الموجه إلى غير معين:

كقول الطبيب من يعطيني ألف ريال داويته، أو قول المريض: من يداويني أو يداوي مريضي أعطيه كذا.

هذه الصورة هي صورة عقد الجعالة؛ لأنه خطاب موجه لغير معين، والعمل فيه مبهم غير محدد، وهذه أبرز خصائص الجعالة، وقد ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن هذه الصورة لا تكون جعالة حتى تقيد بشرط الشفاء والبرء بأن يقول المريض أو من يقوم مقامه: من يداويني أو يداوي مريضي حتى يبرأ فله كذا من المال[1]، والذي يظهر أن تقييد العقد الطبي بشرط البرء والشفاء صورة من صور الجعالة، مختلفة عن هذه الصورة؛ لأن الفقهاء اعتبروا أن مشارطة الطبيب على البرء تخرج عقد الإجارة وإن كان مع طبيب معين من كونه عقد إجارة إلى أن يصبح عقد جعالة كما سيأتي بيانه في الفرع الثاني، وأما هذه الصورة فالإيجاب فيها موجه لعموم الناس، فمن قام بالعمل الطبي، وداوى المريض استحق الجعل المحدد.

واللفظ الموجه إلى غير معين يصح ويترتب عليه الالتزام عند

---

(١) ينظر: الجعالة، الفرا ص١٠٥.

جمهور الفقهاء(١)، ويدل لذلك ما يلي

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يُوسُف: ٧٢].

وجه الدلالة: أن يوسف عليه السلام خاطب بالإيجاب عموم الرعية، و"هذا أصل في جواز قول القائل من حمل هذا المتاع إلى موضع كذا فله درهم، وإن لم يكن يشارط على ذلك رجلاً بعينه"(٢).

الدليل الثاني: عن أبي قتادة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ يوم حنين: (من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه)(٣).فالحديث دليل على جواز توجيه الإيجاب في الجعالة لغير معين، فالسَلَب جُعْلٌ يستحقه المحارب بناءً على الشرط؛ لأنه حق خالص لمن نفذ الشرط، ومن لم ينفذ الشرط لم يستحق سلباً، وهذا هو معنى الجعالة(٤).

الدليل الثالث: أن الحاجة تدعو إلى الإيجاب الموجه لغير معين، فقد يكون للموجب عمل، ولا يعرف من هو صالح للقيام به، فإذا نادى في الناس انتهض للقيام به من يكون قادراً عليه، وصالحاً للقيام به(٥)

الفرع الثاني: اشتراط البرء في العقد الطبي.

الطبيب يطلب منه بذل العناية في العمل الطبي، ولا يطلب منه

---

(١) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (٤/ ٣٩٠) - المبسوط، السرخسي(١١/ ٣٢) - المدونة (٣/ ٤٧٨) - مناهج التحصيل (٧/ ٣٢٩) - التاج والإكليل (٧/ ٥٩٦) - روضة الطالبين(٥/ ٢٦٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣٩) - حاشيتا قليوبي وعميرة(٣/ ١٣١) - المغني ٦/ ٩٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٣) - مطالب أولي النهى(٤/ ٢٠٨).

(٢) أحكام القرآن، الجصاص (٤/ ٣٩٠). (٣) الحديث سبق تخريجه ص٢٩٥.

(٤) ينظر: الاستذكار (٥/ ٦٠) - المنتقى (٣/ ١٩١) - شرح النووي على مسلم (١٢/ ٥٩) - فتح الباري (٦/ ٢٤٧).

(٥) ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٤٣٩) - تكملة المجموع (١٥/ ١١٣).

تحقيق الغاية والنتيجة، فعليه أن يجتهد ويحتاط في ممارسة عمله، ولا يضمن الشفاء للمريض.

ولكن ما الحكم لو اشترط المريض على الطبيب البرء والشفاء؟

هذه المسألة اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح مشارطة الطبيب على البرء والشفاء، وهذا مذهب الحنفية(١)، وقول عند المالكية(٢)، والصحيح من مذهب الحنابلة(٣)، وبه قال الظاهرية(٤)، واختاره بعض الفقهاء المعاصرين(٥).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: أن البرء والشفاء إنما هو بيد الله تعالى لا بيد أحد من الناس، والطبيب إنما يعالج الداء بما يضاده من الدواء، ولا يعرف مدة المعالجة التي يكون فيها الشفاء، فالبرء والشفاء ليس في مقدوره، ولا في وسعه، والخارج عن الوسع لا يصح التزامه بعقد المعاوضة(٦).

ونوقش من الوجهين التاليين:

الوجه الأول: لا خلاف أن الله هو الشافي، وأن الالتجاء ليس إلا إليه، والتوكل لا يكون إلّاً عليه، واشتراط البرء لا يعني نسبته إلى

(١) ينظر: المبسوط (١٦/ ١٨) - البدائع (٤/ ٢١١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٦) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٩٦).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات (٧/ ٣٠) - الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ٧٥٦) - التبصرة (٩/ ٤٩٦١).

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠) - شرح الزركشي (٤/ ٢٥٠) - الإنصاف (٦/ ٣٩١) - كشاف القناع (٤/ ١٤).

(٤) ينظر: المحلى (٧/ ٢٢).

(٥) ينظر: التأمين الصحي، محمد الأمين الضرير (٣/ ١٣٣٤).

(٦) ينظر: المبسوط (١٦/ ١٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٦) - المحلى (٧/ ٢٢).

الطبيب، إنما هو تعليق لأخذ الجعل بحصول الشفاء من الله[١].

الوجه الثاني: أن المشارطة على البرء ليست من باب الإجارة التي يشترط فيها أن يكون محل التعاقد أو مدته معلوماً، وإنما هي من قبيل الجعالة، والجعالة لا يشترط فيها العلم بمقدار العمل أو مدته[٢].

ويمكن أن يجاب عن هذين الوجهين بالجوابين التاليين:

الجواب الأول: أن الجعالة عقد غير جائز عند الظاهرية، وعند الحنفية في غير رد الآبق، فيكون حمل العقد على الجعالة مع عدم جوازها عندهم غير صحيح.

الجواب الثاني: أن فقهاء المالكية وبعض فقهاء الحنابلة يصححون اشتراط البرء في العقد الطبي، ولا يجعلونه من باب الجعالة.

الدليل الثاني: أن اشتراط البرء في العقد الطبي يفضي إلى وجود الغرر في محل العقد؛ إذ قد يبرأ العليل، وقد لا يبرأ، وقد يطول علاجه وقد يقصر، فيكون المعقود عليه غير معلوم، والغرر يفسد العقود[٣].

ونوقش: بأن العقد إذا حمل على الجعالة صح، وزال الإشكال؛ لأن جهالة العمل والأجل في عقد الجعالة لا يفسدها، والغرر مغتفر فيها، للحاجة إليها[٤].

القول الثاني: أنه يصح مشارطة الطبيب على البرء والشفاء، وانقسم أصحاب هذا القول إلى رأيين:

---

(١) ينظر: الجعالة، الفرا ص١١٧.

(٢) ينظر: طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب (٣/ ٢٨٧١).

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠) - الشرح الكبير (٦/ ٧٠) - كشاف القناع (٤/ ١٤) - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها ص٢١٧ - التأمين الصحي، الضرير (٣/ ١٣٣٤).

(٤) ينظر: مناهج التحصيل (٧/ ٢٧٢) - الذخيرة (٦/ ٩).

الرأي الأول: أنه يصح مشارطة الطبيب على البرء والشفاء، سواءً كان إجارة أو جعالة، وهذا قول جمهور فقهاء المالكية[(١)]، وقول عند الحنابلة[(٢)].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: حديث أبي سعيد رضي الله عنه قال: (انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم، فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء، لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعله أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال بعضهم: نعم، والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفل عليه ويقرأ ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الفَاتِحَة: ٢]، فكأنما نشط من عقال فانطلق يمشي وما به قلبة' قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقسموا، فقال الذي رقى: لا تفعلوا، حتى نأتي النبي ﷺ، فنذكر له الذي كان، فننظر ما يأمرنا، فقدموا على رسول الله فذكروا له فقال: (وما يدريك أنها رقية؟)، ثم قال: (قد أصبتم، اقسموا واضربوا لي معكم سهما)، فضحك رسول الله ﷺ[(٣)].

---

(١) ينظر: المدونة (٣/ ٤٣٣) - أصول الفتيا، الخشني ١٩٨٥م ص١٤٦ - عقد الجواهر (٣/ ٨) - الذخيرة (٥/ ٤٢٢-٤٢٣) - الشرح الكبير (٤/ ٦١).

(٢) ينظر: الإرشاد إلى سبيل الرشاد، ابن أبي موسى ص٢١٠ - المغني (٥/ ٤٠٠) - شرح الزركشي (٤/ ٢٥٠).

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٥.

وجه الدلالة: جواز الاشتراط على البرء؛ لأن أبا سعيد رضي الله عنه حين رقى الرجل شارطه على البرء[١].

ويمكن أن يناقش: بأن مشارطته على البرء كانت على سبيل الجعالة لا الإجارة بدليل ما جاء في الحديث (فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً)، والمشارطة على البرء تصح جعالة عند الجمهور.

الدليل الثاني: أن الشفاء وإن كان بيد الله تعالى، إلاّ أنه جلّ وعلا قد جعل له سبباً وهو المعالجة، فإذا لم يكن الشفاء مقدوراً من حيث ذاته، فهو مقدور من حيث أسبابه، وأهل الطب يعرفون درجات الأدوية، ومقادير العلاج، وأزمنته، وما يكون منها قابل للشفاء، وما يكون غير قابل، وعلمهم مبني على التجارب، ولا يقدح فيه أن يتخلف أحياناً، وهذا التخلف لا يجعل الشفاء مجهولاً، أو غير مقدور عليه[٢].

ويمكن أن يناقش: بأن المخرج الفقهي إذا جهل العمل أن يحمل على الجعالة؛ لأن الغرر فيها مغتفر.

الدليل الثالث: أن البرء لا يتبعض ولا تنفصل أجزاؤه، وإنما هو منوط بارتفاع العلة المؤثرة في الجسم، وغرض العليل البرء من هذه العلة، والبرء لا يصح تعليقة بمدة؛ لما في ذلك من الغرر والخطر، وأكل المال بالباطل، فصح تعليقه بالبرء والشفاء، كونه المقصود من العقد[٣].

الرأي الثاني: أنه يصح مشارطة الطبيب على البرء والشفاء، لكن

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠).

(٢) حاشية الشرواني على التحفة (٦/ ٣٧٢) - العلاقة بين الطبيب والمريض ص ٢١٧ - طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب (٣/ ٢٨٧١)

(٣) ينظر: التوسط بين مالك وابن القاسم، قاسم الجبيري ص١١٩.

يكون ذلك من قبيل الجعالة لا من قبيل الإجارة، وهذا قول عند المالكية[(١)]، وقول الشافعية[(٢)]، وقول جمهور فقهاء الحنابلة[(٣)].

وقد استدل أصحاب هذا القول:

بأدلة أصحاب الرأي الأول في القول الثاني، لكنهم حملوا العقد على الجعالة، ويشهد لذلك ما يلي:

أ - حديث أبي سعيد رضي الله عنه يدل على ذلك؛ حيث أقر النبي ﷺ الراقي على أخذ العوض مقابل الرقية، وهو عوض غير معلوم، والعمل غير معلوم؛ إذ قد يبرأ اللديغ، وقد لا يبرأ، وهذه صفة الجعالة[(٤)].

قال ابن حجر رحمه الله: " وفيه: إمضاء ما يلتزمه المرء على نفسه؛ لأن أبا سعيد التزم أن يرقي، وأن يكون الجعل له ولأصحابه، وأمره النبي ﷺ بالوفاء بذلك "[(٥)].

ب - أن التعاقد مع الطبيب يكون على وجهين: أن يضرب لذلك أجل، فيكون العقد إجارة، والإجارة يشترط فيها أن تكون المدة معلومة والعمل معلوم، والثاني: أن يعلق ذلك بالبرء فتكون جعالة، والجعالة يغتفر فيها الغرر، ويجوز فيها جهالة العمل والمدة[(٦)].

---

(١) ينظر: التبصرة (٩/ ٤٩٦١) - الذخيرة (٥/ ٤٢٣) - شرح زروق (٢/ ١٥٠) - شرح ميارة (٢/ ١٨١).

(٢) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٧٩) - حاشية الشبراملسي على النهاية (٥/ ٤٦٥)- حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٢٠) - إعانة الطالبين (٣/ ١٤٥).

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٤٠٠) - مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٠٧) - إعلام الموقعين (١/ ٢٩١) - الإنصاف (٦/ ٣٩١) - كشاف القناع (٤/ ٢٧).

(٤) ينظر: بهجة النفوس (٢/ ٢٢٨-٢٢٩) - فتح الباري (٤/ ٤٥٧) - الجعالة، الجميلي ص٣٣.

(٥) فتح الباري (٤/ ٤٥٧).

(٦) ينظر: المغني(٥/ ٤٠٠) - شرح ميارة (٢/ ١٨١) - أحكام عقد العلاج، حلية ص ٤٩٧.

الراجح: الراجح جواز اشتراط البرء والشفاء في العقد الطبي، ويلحق العقد بعقد الجعالة، وتكون هذه صورة من صور الجعالة في العقد الطبي، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي:

أ - صحة إلحاق العقد الطبي عند اشتراط البرء فيه بالجعالة؛ لأن الجعالة تصح مع الجهالة في المدة، والعمل، والعامل، ولا يصح ذلك في الإجارة.

ب - أننا إذا لم نلحق العقد الطبي عند اشتراط البرء فيه بالجعالة بطل العقد، وتصحيح العقد أولى من إبطاله، لا سيما وأن التقدم الكبير في العمل الطبي يضيق دائرة الجهالة والغرر.

ج - أن في اشتراط البرء في العقد الطبي مصلحة للطبيب والمريض؛ لأن الطبيب سيبذل أقصى جهده، ويستحق أجره في زمن قليل، والمريض تقصر عليه مدة العلاج، وتقل عليه التكلفة.

الفرع الثالث: قيام الطبيب بإنقاذ مريض من هلكة، وقيامه بعلاجه.

ويقصد بهذه الصورة: أن يتدخل الطبيب لرعاية مريض وعلاجه دون وجود عقد بينهما، كأن يشاهد الطبيب حادثاً، فيتدخل لإسعاف المصاب وإنقاذه(١).

وهذه الصورة مشابهة لصور مذكورة عند الفقهاء ومنها ما يلي:

الصورة الأولى: نصَّ فقهاء المالكية على أنه إذا قام بالعمل شخص عُرِف قيامه بمثل هذا العمل مقابل جعل فإنه يستحق الجعل، ولو لم

---

(١) ينظر: عقد العلاج الطبي، محمد السعيد رشدي ص٥٢ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها ص١٤.

يسبق العمل إيجاب من المالك، واشترطوا لذلك: أن يكون معروفاً لدى الناس أنه يقوم بتلك الأعمال بجعل لا على سبيل التبرع[(١)]، وبنحو ذلك قال فقهاء الحنابلة واشترطوا أن يكون الشخص معداً لأخذ الأجرة كالحجام، والخياط، ونحوهما، وأن يَأْذن له المعمول له في العمل[(٢)].

واستدلوا بما يلي:

أولاً: الآثار الواردة في الآبق، فقد ورد النص فيها أن الراد يستحق الجعل، ولو لم يسبق العمل إيجاب من المالك، ويقاس على رد الآبق رد الضالة، وكل ما كان فيه حفظ مال المالك[(٣)].

ونوقش: بأن قياس رد الضالة على رد الآبق قياس مع الفارق؛ لأن رد الآبق يحتاج إلى زيادة جهد في حفظه، واحتياط في مراعاته؛ حيث إن الآبق قد يلحق بدار الحرب، ويفر ويتخفى من طالبه، فإذا وجده إنسان ثم تركه ولم يرده فقد لا يعثر عليه سيده، بخلاف الدابة الضالة، فإنها لا تتهرب من طالبها، وتتردد على أماكن معلومة، فلا يكون في تركها تفويت لها على مالكها[(٤)].

ثانياً: أن من فعل بالإنسان ما يجب عليه أن يفعله بنفسه من مصالحه لزمه ذلك، وكان له أجر مثله إن كان ممن يفعل ذلك بالأجر[(٥)].

ثالثاً: العرف، فإن العرف إذا دل على أن الحجام أو الخياط لا

---

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٩/ ٢٣٢) - الذخيرة (٦/ ٦) - مواهب الجليل (٥/ ٤٥٥) - الشرح الكبير (٤/ ٦٤)

(٢) ينظر: المبدع (٥/ ١١٦) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٦) - مطالب أولي النهى (٤/ ٢١٢).

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٩/ ٢٣٢).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤) - شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٥).

(٥) ينظر: الجامع لأحكام القرآن(٩/ ٢٣٢).

يقوم بعمله إلاّ مقابل جعل، عمل بذلك العرف، ووجب الجعل لمن قام به(١).

الصورة الثانية: ذكر فقهاء الحنابلة في قول عندهم أن من خَلَّص مال غيره من هلكة فإنه يستحق جعلاً، بما يماثل أجرة المثل، سواءً كان العامل ممن يعمل في ذلك عادة أم لا، كمن خلص دابة من سبع، أو متاعاً من غرق، ونحو ذلك(٢).

واستدلوا على ذلك: بأن استحقاق الجعل في هذه الصورة فيه ترغيب للناس في إنقاذ الأنفس والأموال من المهالك، وحفظها لأصحابها، ولا يمكن انتظار إيجاب المالك وإذنه، ثم إن الجعل الذي يؤخذ من المالك إنما هو في مقابل منفعة حصلت له(٣).

بناءً على ما سبق إيراده في الصورتين المذكورتين يتبين أن الطبيب عندما ينقذ مريضاً، أو يسعف مصاباً فإنه يستحق الجعل على عمله؛ لأن العادة جرت أن الطبيب ممن يتقاضى الأجر على عمله، وهو ممن يعد نفسه للعمل بأجر، وإذا كان في ذلك إنقاذ لمريض من هلكة استحق ذلك من باب أولى؛ صيانة للأنفس المعصومة، والأرواح المصونة، حتى وإن ترتب على ذلك مبالغ مالية تلحق الشخص المصاب، أو تلحق ورثته؛ لأن إنقاذ النفس مقدم على غيره.

---

(١) ينظر: المبدع (٥/ ١١٦) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٦) - مطالب أولي النهى (٤/ ٢١٢).

(٢) ينظر: قواعد ابن رجب ص ١٤٢ - المبدع (٥/ ١١٦) - الإنصاف (٦/ ٣٩٣) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٦)

(٣) ينظر: قواعد ابن رجب ص١٤٢- كشاف القناع (٤/ ٢٠٦) -إنشاء الالتزام، حسن الغزالي(١/ ١٨٦).

الفرع الرابع: أخذ العوض على المشاركة في الخضوع لإجراء التجارب الطبية

هذه صورة مستجدة، وإنما أفردتها بهذا الفرع؛ لكونها تطبيقاً مستجداً على الجعالة في العقد الطبي، ولأن المشارك في التجربة الطبية قد لا يُسَمَّى له العوض ويُعَيَّن، وجهالة العوض في الجعالة تحتاج إلى تحرير.

ويقصد بالتجارب الطبية: "عمل منهجي على الإنسان؛ لعلاج مرض ألم به، أو لاكتشاف حقيقة علمية مشروعة؛ لحفظ الصحة، وعلاج المرض"(١).

وهذه الصورة لها حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون الجُعْل معلوماً، كأن يقول الطبيب: من شاركني في تجربتي الطبية فله خمسة آلاف ريال، فهذه صورة جائزة، وما يأخذه الخاضع للتجربة الطبية المشروعة علاجية كانت أم علمية نظير مشاركته فيها هو من الجعالة، والعاقدان فيها أحدهما: الطبيب، سواءً كان شخصاً طبيعياً، أم اعتبارياً، والثاني: الخاضع للتجربة الطبية المشروعة سواءً كان معيناً، أو مبهماً، فأي شخص شارك الطبيب في تجربته استحق الجُعْل المسمى، ويحق للمشارك في التجربة الانسحاب منها في أي وقت(٢).

الحالة الثانية: أن يكون الجُعْل مجهولاً غير معين، كما لو قال الطبيب: من شاركني في تجربتي الطبية فله ربع عوائد هذه التجربة البحثية، أو نصف عوائدها، أو اشترط الخاضع للتجربة نسبة معينة.

---

(١) التجارب الطبية، العثمان ص٤٠.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص٤٤٣.

والقول في هذه المسألة على النحو التالي:

أولاً: الأصل أن الجُعْل لا بد أن يكون معلوماً، وبهذا قال جمهور الفقهاء من المالكية[(١)]، والشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)]، وحكي الإجماع عليه[(٤)]، ومما يدل على أهمية العلم به ما يلي:

أ - أنه عوض في عقد، فلا يصح مع الجهالة، قياساً على الأجرة في عقد الإجارة.

ب - أن عقد الجعالة جُوِّز للحاجة، ولا حاجة لجهالة العوض، بخلاف جهالة العمل والعامل.

ج - أن جهالة العوض تُفَوِّت مقصود العقد؛ حيث إنه لا يرغب أحد في العمل مع جهالة العوض[(٥)].

ثانياً: استثني من اشتراط العلم بالجعل صور متعددة، تفاوتت المذاهب الفقهية من المالكية والشافعية والحنابلة في عدها وحصرها، وذلك على النحو التالي:

---

(١) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤٥٥) - الذخيرة (٦/ ١٣،٨) - التاج والإكليل (٧/ ٥٩٥) - الشرح الكبير (٤/ ٦٠).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (١٧/ ٤٧٧) - البيان (٧/ ٤٠٨) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠)- مغني المحتاج (٣/ ٦٢٠).

(٣) ينظر: المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١١٥) - الإنصاف (٦/ ٣٩٠) - شرح المنتهى (٢/ ٣٧٣).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (١٧/ ٤٧٧).

(٥) ينظر: البيان (٧/ ٤٠٨) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤١) - تكملة المجموع (١٥/ ١٢١) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٣) - شرح المنتهى (٢/ ٣٧٣).

- **فقهاء المالكية ذكروا عددا من الصور والحالات أبرزها ما يلي:**

أ - أن يجاعل شخص شخصاً آخر على أن يغرس له أصولاً حتى تبلغ حداً معيناً، على أن تكون الزيادة والأصل بينهما، أو يجاعله على أن يحصد زرعه، أو يلقط زيتونه بجزء معين منه، فيقول المجاعل: القط زيتوني، فما لقطت فلك نصفه.

ب - أن يجاعل شخص شخصاً آخر على أن يُحَصِّل دينه من عند المدينين، أو يتابع خصومة له عند آخرين، بجزء معلوم مما يُحصله، كالربع، أو الثلث، ونحو ذلك، فيقول: وكلتك في تحصيل ديني من عند فلان، وما حصلته فهو بيني وبينك، أو فلك منه ربعه، فهذا جائز مع جهالة الجعل.

ج - أن يجاعل شخص شخصاً آخر على أن يحمل على إبله، أو على السفن من المشرق إلى المغرب على البلاغ، فإن وصل أخذ، وإلا فلا شيء له، كأن يقول لرجل من اليمن: احمل على دابتك هذه الأكياس، فإن أوصلتها إلى العراق فلك ربعها، وإن لم توصلها فلا شيء لك، فهذه صورة تصح مع جهالة العوض فيها، وإنما جازت؛ للحاجة إليها، وما عداها تبقى على أصل المنع(١).

- **فقهاء الشافعية استثنوا من اشتراط العلم بالجعل ما يلي:**

أ - مسألة العلج، والعلج: هو الكافر الغليظ الشديد، سمي بذلك؛ لأنه يدفع بقوته عن المسلمين(٢)، وصورة المسألة: أن يجعل

---

(١) ينظر: التبصرة (٩/ ٤٩٢٩) (٩/ ٥٠٢٠-٥٠٢٣) - البيان والتحصيل (٨/ ٤١٥ -٤١٧) - الذخيرة (٦/ ١٣) (٦/ ١٦) - التاج والإكليل (٧/ ٥٩٥) - الشرح الكبير (٤/ ١٠).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (١٧/ ٤٧٧) - روضة الطالبين (١٠/ ٢٨٥).

الإمام لمن يدل على فتح قلعة للكفار المحاربين جعلاً منها كفرس، أو نحوه[(١)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نَفَّل[(٢)] في البدأة الربع، وفي الرجعة الثلث[(٣)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نَفَّلهم الربع والثلث، وهما مجهولان، والغنيمة مجهولة، فدلَّ على جواز كون الجعل مجهولاً[(٤)].

الدليل الثاني: أن قائد الجيش والمسلمين لا يهتدون غالباً إلى قلاع الكفار إلا بدلالة، ولن يقوم الكافر بالدلالة إلا بالتطميع فيها، فكانت الحاجة تقتضي تصحيح هذه المعاملة مع جهالة الجعل[(٥)].

---

(١) اختلف فقهاء الشافعية هل يشترط فيمن يجعل له هذا الجعل أن يكون كافرا، أم يجوز أن يجعل للمسلم. ينظر: نهاية المطلب (١٧/ ٤٧٧- ٤٨٠) - البيان (١٢/ ١٩٩- ٢٠٠)- كفاية النبيه (٦/ ٤٧٧).

(٢) نفّل، من النفل، والنفل: اسم لزيادة، يخص بها الإمام بعض الجيش، زيادة عن استحقاقه من الغنيمة. ينظر: أنيس الفقهاء ص٦٥ - حلية الفقهاء ص ١٦٠ - المصباح المنير (٢/ ٦١٩) - المطلع ص٢٥٣.

(٣) الحديث أخرجه الترمذي في سننه، أبواب السير، باب في النفل برقم (١٥٦١)، وابن ماجة في سننه، أبواب الجهاد، باب النفل برقم (٢٨٥٢)، والطبراني في الكبير برقم (٣٥٣٠)، وأخرجه من حديث حبيب أحمد في مسنده برقم (١٧٤٦٤) بدون ذكر البدأة والرجعة، وبذكرها من حديث حبيب أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب في من قال الخمس قبل النفل برقم (٢٧٥٠)، وحسنه الترمذي، وصححه الحاكم، وابن الملقن، والبوصيري. ينظر: المسند (٢٩/ ٩) - سنن أبي داود (٤/ ٣٧٩) - سنن الترمذي (٣/ ٨٢) - سنن ابن ماجة (٤/ ١١٥) - المعجم الكبير (٤/ ٢٠) - المستدرك (٢/ ١٤٥) - البدر المنير (٧/ ٣٣١) - مصباح الزجاجة (٣/ ١٧٤).

(٤) ينظر: نخب الأفكار، العيني (١٢/ ١٣٥) – البيان، العمراني (١٢/ ٢٠٠) - المغني (٩/ ٢٣٠).

(٥) ينظر: نهاية المطلب (١٧/ ٤٨٠) - فتح العزيز (١١/ ٤٦٩)

ب - إذا قال شخص لشخص آخر: حج عني وأعطيك نفقتك، فإنه يجوز مع جهالة النفقة[(١)].

وفي غير هاتين الصورتين يجب أن يكون الجعل معلوماً، فإن كان مجهولاً فسد العقد، ووجب أجر المثل[(٢)].

- **فقهاء الحنابلة ذكروا ضابطاً في جواز جهالة الجعل في عقد الجعالة:**

وهو: جواز جهالة الجعل إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم، ولا تفضي إلى التنازع، ومثلوا لذلك بقول: من رد عبدي الآبق فله نصفه، كما لو قال قائد الجيش في الغزو: من جاء بعشرة رؤوس فله رأس، أو جعل القائد جعلاً لمن يدله على قلعة، أو طريق سهل إذا كان الجعل من مال الحربيين[(٣)].

واستدلوا بما يلي:

أ - أدلة الشافعية المذكورة سابقاً الواردة في العلج من الكفار.

ب - القياس على المزارعة فإنه يصح فيها أن يقول: من زرع هذا الزرع فله سدسه، أو ربعه، ونحوها.

ج - أن الجعل إذا كان بشيء مشاع معلوم فإنه ليس بمجهول[(٤)].

وقالوا: إن كانت الجهالة تمنع التسليم، أو تفضي إلى التنازع لم

---

(١) ينظر في ذكر هاتين الصورتين: أسنى المطالب (٢/ ٤٤١) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢١) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٢)

(٢) ينظر: الحاوي (٦/ ٥٢٩) - البيان (٦/ ٢٠٠) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠).

(٣) ينظر: المغني (٩/ ٢٣٠)- مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٠٥) - إعلام الموقعين (١/ ٢٩١) - الإنصاف (٦/ ٣٩٠-٣٩١)

(٤) ينظر: المبدع (٥/ ١١٥) - الإنصاف (٦/ ٣٩٠).

يصح العقد، ووجب أجر المثل[(١)].

بالنظر إلى ما تقدم من كلام الفقهاء في اشتراط كون العوض في عقد الجعالة معلوماً، وبالنظر إلى ما ذكروه من صور مستثناة تبين لي ما يلي:

أ - أن الصور التي استثناها الفقهاء يجمعها أمر واحد هو الحاجة إليها، فلما قامت الحاجة اغتفرت الجهالة، وجازت تلك الصور.

ب - أن الضابط الذي ذكره الحنابلة ضابط مهم، وهو أن جهالة العوض متى كانت تمنع التسليم، وتفضي إلى المنازعة لم يصح العقد، وإن كانت لا تمنع التسليم ولا تفضي إلى المنازعة صح العقد، ولو كان العوض مجهولاً.

ج - أن ما علل به الحنابلة لصحة هذا الضابط من كون الجُعل إذا كان جزءاً مشاعاً فهو معلوم وليس بمجهول تعليل له وجاهته، وهو مقيس على عقد المزارعة، ويجمعهما كونهما من عقود المعاوضات.

د - أن الإبهام إذا كان على وجه يؤول إلى العلم، فالعقد صحيح[(٢)]، فالجعل إذا كان مبهماً، ومآله أن يكون معلوماً ومعيناً صح إبهامه، والضابط: أن كل ما جاز بيعه على التقدير جازت الجعالة به[(٣)].

قال ابن تيمية رحمه الله: " إن كان العوض شيئاً مضموناً من عين أو دين فلا بد أن يكون معلوماً، وأما إن كان العوض مما يحصل من العمل جاز أن يكون جزءاً شائعاً فيه "[(٤)].

---

(١) ينظر: الإنصاف (٦/ ٣٩١).
(٢) ينظر: القواعد، ابن رجب ص٢٥١.
(٣) ينظر: عدة البروق، الونشريسي ص ٥٥٢.
(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٠٤-١٠٥).

وعليه: فإن اشتراط الطبيب أو الخاضع للتجربة الطبية نسبة معينة من عوائد البحث الطبي التجريبي يصح إذا كانت هذه التجربة لا تلحق الضرر بأحد، وكانت مما يحتاج إليها الناس، ويغلب على الظن نجاحها، وتحقق فوائدها، وتحقُّق الرضا التام من قبل المجرَّب عليه، وقام بها الأشخاص المؤهلون، أما إن كانت التجربة تلحق الضرر بالآخرين، أو كانت لا حاجة إليها، أو كان يغلب على الظن عدم نجاحها، أو عدم تحقق فوائدها، أو لم يتحقق فيها الرضا، أو قام بها أشخاص غير مؤهلين[1] فإن هذا الشرط لا يصح، وإن وقع فليس للمشترط إلّاً أجر المثل.

(١) ينظر: الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة ص١٣٦-١٣٧ - التجارب الطبية، العثمان ص١٣٥ وما بعدها.

المطلب الخامس
ضوابط محل العقد الطبي في صورة الجعالة

محل العقد: هو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه، كالمبيع في عقد البيع، والمنفعة في عقد الإجارة، والعمل في عقد الجعالة[١].

ومحل العقد الطبي في عقد الجعالة: عمل الطبيب.

وإنما أفردت محل العقد الطبي في صورة الجعالة بهذا المطلب؛ حتى يتبين أن الجهالة وإن كانت ملازمة للجعالة، أو شرطاً فيها[٢]، إلا أنها مضبوطة بضوابط معينة، منها المتفق عليه، ومنها المختلف فيه.

فمن المتفق عليه: أن يكون العمل الذي يجاعل عليه مباحاً، وأن يكون العوض في الجعالة مباحاً[٣].

وهذا شرط في محل العقد الطبي في صورة الجعالة.

فإذا كان العمل الطبي الذي يجاعل عليه محرماً، كانت الجعالة محرمة.

ومن أمثلة الجعالة على عمل طبي محرم ما يلي:

أ - أن يقول شخص: من داوى مريضي بهذا الخمر أو بهذا السم فله كذا من المال.

---

(١) ينظر: محل العقد في الفقه الإسلامي، عطيف ص١٥.

(٢) ينظر: الفروق، القرافي (٢/ ٢٠٦) (٣/ ٢٦٢).

(٣) ينظر: البدائع (٥/ ١٣٩) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٥) - عقد الجواهر (٢/ ٦٢٠) - مواهب الجليل (٤/ ٢٦٣) - روضة الطالبين (٣/ ٣٥٠) - مغني المحتاج (٢/ ٦٢٠) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٥).

ب - أن يعرض الطبيب على الناس مشاركته في تجربة طبية على جنين بعد نفخ الروح فيه تضر به، أو مشاركته في تجربة طبية على الخلايا الجسدية لتحسين الخلقة، أو على الخلايا التناسلية لتحسين النسل، أو على عمليات جراحية لا ينتفع منها الإنسان(١).

والعوض يشترط فيه كذلك أن يكون مباحاً، فلا يصح أن يكون العوض محرماً؛ لأن العوض إذا كان محرماً لم يصح بذله، حتى وإن كانت المنفعة مباحة.

ومن أمثلة العوض المحرم:

أ - إذا كان العوض مالاً مسروقاً، أو مغصوباً، ونحو ذلك.

ب - إذا كان العوض خمراً، أو لحم خنزير، ونحوه.

ج - إذا كان العوض مالاً مجهولاً جهالة تمنع التسليم، وتفضي إلى المنازعة.

ومن المختلف فيه ما يلي:

أولاً: الكلفة والمشقة في العمل، وهذا الضابط اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يشترط في العمل الذي يجاعل عليه أن يكون متضمناً للكلفة والمشقة، كرد الآبق، والضالة، أو الإخبار عن شيء بعد جهد وتعب، وهذا قول الشافعية(٢).

---

(١) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٦٣٠ -٦٣٢.

(٢) ينظر: فتح العزيز(٦/ ١٩٨) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٠) - مغني المحتاج(٣/ ٦٢٠)

وقد استدلوا على ذلك: بأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض، فلا يصح وضع الجعل عليه[(١)].

ويمكن أن يناقش: بأن الأدلة قد وردت مطلقة من غير تقييد.

القول الثاني: يشترط في العمل الذي يجاعل عليه أن يكون يسيراً غير متضمن للكلفة والمشقة، وهذا قول عند فقهاء المالكية[(٢)].

وقد استدلوا على ذلك: بأن عقد الجعالة من العقود الجائزة غير اللازمة التي يجوز للطرفين فسخها في أي وقت، وجوازه في الشيء الكثير قد يصاحبه غرر، وذلك فيما لو فسخ الجاعل العقد، أو شرع العامل في العمل ولم يتمه، فيضيع عمله، ولا يأخذ شيئاً، وهذا فيه غرر، وظلم، فوجب منعه في غير اليسير[(٣)].

ويمكن أن يناقش: بأن الأدلة قد وردت مطلقة من غير تقييد.

القول الثالث: لا يشترط في العمل الذي يجاعل عليه أن يكون يسيراً، ولا أن يكون متضمناً للكلفة والمشقة، بل تصح الجعالة في يسير العمل وكثيره، وما فيه مشقة وما ليس فيه مشقة، وهذا قول عند المالكية[(٤)]، وهو مقتضى إطلاق فقهاء الحنابلة[(٥)].

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٠) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٠).

(٢) ينظر: المدونة (٣/ ٤٦٨) - عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٦)- الذخيرة (٦/ ٨) - مواهب الجليل (٥/ ٤٥٥).

(٣) ينظر: عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٦) - الذخيرة (٦/ ٨).

(٤) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤١٩) - عقد الجواهر (٣/ ٦) - الذخيرة (٦/ ٩) - مواهب الجليل (٥/ ٤٥٥).

(٥) ينظر: المغني (٦/ ٩٤) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٣) - شرح المنتهى (٢/ ٣٧٣) - مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٧).

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الأدلة قد جاءت مطلقة دون أن تقيد بعمل يسير، أو كثير، أو غير ذلك، فيعمل بها على إطلاقها، ويجوز الجعل في كل عمل، قل، أو كثر، يسر، أو عسر.

الدليل الثاني: أن عرف الناس قد جرى على اعتبار الجعل في كل الأعمال، من غير تفريق بين قليل وكثير، والعرف إذا لم يخالف الشرع فيعمل به على إطلاقه[1].

والراجح: القول الثالث، وهو أن الجعالة تجوز في يسير العمل، وعسيره، وقليله، وكثيره؛ لأن أدلته أقوى، ومصلحة اعتباره أوجه.

وعليه فإن العقد الطبي يصح في صورة الجعالة في كل عمل يقوم به الطبيب، قلَّ، أو كثر، يسر، أو عسر، فحصاً كان، أو تشخيصاً، أو علاجاً، أو غيره من الأعمال التي يقوم بها الطبيب.

ثانياً: نوع العمل الذي يجاعل عليه ومنفعته، وهذا الضابط اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول: يشترط أن يكون في الجعل منفعة للجاعل، وهذا قول عند المالكية[2]، والحنابلة[3].

واستدلوا: بأن أخذ الجعل مقابل عمل لا ينتفع به الجاعل ضرب

---

(١) ينظر: عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٦) - الذخيرة (٦/ ٩) - مواهب الجليل (٥/ ٤٥٥).

(٢) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤١٩) - عقد الجواهر (٣/ ٦) - الذخيرة (٦/ ٨) - الشرح الكبير (٤/ ٦٤).

(٣) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٣).

من ضروب أكل أموال الناس بالباطل، وداخل في السفه والتبذير المنهي عنه شرعاً[(١)].

القول الثاني: لا يشترط في الجعل أن يكون فيه منفعة للجاعل، وهذا قول عند المالكية[(٢)]، وهو قول الشافعية[(٣)]، وقول عند الحنابلة[(٤)].

واستدلوا: بأن العبرة بوجود التراضي بين العامل والجاعل، فمتى دخلا في العقد برضاهما، والتزم كل منهما بما وجب عليه، فالعقد صحيح، عملاً بقاعدة الأصل في المعاملات والشروط الإباحة[(٥)].

الراجح: إن أريد بالمنفعة خلو العقد من العبث، وبذل المال فيما لا فائدة منه فهذا صحيح وراجح؛ لأنه يتوافق مع مقاصد الشريعة في المحافظة على المال، وإن أريد بالمنفعة منفعة الجاعل فحسب فلا؛ لأن الأصل في العقود صحتها، ولأن هذا داخل في التعاون بين المسلمين، وهو من المطالب والمقاصد المرعية.

وبناءً على ذلك فلو أن شخصاً نادى فقال: من داوى مريض آل فلان، أو من عالج أطفال هذه القرية، ولم يكن له منفعة خاصة فإن هذا العقد يعد صحيحاً ونافذاً، ويكون العوض على المنادي.

---

(١) ينظر: التاج والإكليل (٧/ ٦٠٠) - حاشية العدوي على الخرشي (٧/ ٦٢).

(٢) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤١٩) - عقد الجواهر (٣/ ٦) - الشامل (٢/ ٨٠٣) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠٠).

(٣) ينظر: المهذب (٢/ ٢٧٢) - البيان (٧/ ٤١٠) - كفاية الأخيار ص٢٩٨ - مغني المحتاج (٣/ ٦١٨).

(٤) ينظر: الكافي (٢/ ١٨٨) - شرح المنتهى (٢/ ٣٧٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٤) - مطالب أولي النهى (٤/ ٢١٠)

(٥) ينظر: المهذب (٢/ ٢٧٢) - كفاية الأخيار ص٢٩٨ - كافي ابن قدامة (٢/ ١٨٨) - شرح المنتهى (٢/ ٣٧٥)

المبحث الثالث

العقد الطبي عقد بيع

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف البيع في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية عقد البيع.

المطلب الثالث: صور ورود البيع على العقد الطبي.

المطلب الأول

تعريف عقد البيع في اللغة والاصطلاح

البيع في اللغة:

"الباء والياء والعين أصلٌ واحدٌ، وهو بيع الشيء، وربما سمي الشرى بيعاً، والمعنى واحد"(١)

فالبيع من الأضداد يقال: باع الشيء إذا شراه، أو اشتراه(٢)، كما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (لا يبع الرجل على بيع أخيه)(٣)، " فالنهي في قوله: لا يبع على بيع أخيه، إنما هو لا يشتر على شراء أخيه....؛ لأن العرب تقول: بعت الشيء بمعنى اشتريته"(٤)، والبيع يُعَدَّى إلى المفعول الثاني بنفسه، وبحرف الجر، يقال: باعه الشيء، وباعه منه(٥).

ويأتي البيع بمعنى: المبيع، وعرض الشيء للبيع فيقال: أبعته: إذا

---

(١) مقاييس اللغة (١/ ٣٠٣).

(٢) ينظر: تهذيب اللغة (٣/ ١٥٠) - المغرب (١/ ٩٦) - المصباح المنير (١/ ٦٩) - لسان العرب (٨/ ٢٣).

(٣) الحديث أخرجه بلفظه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك برقم (١٤١٢)، وبنحوه أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب لا يبع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن أو يترك برقم (٢١٣٩). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ٦٩) - صحيح مسلم (٢/ ١٠٣٢).

(٤) غريب الحديث، ابن سلام (٢/ ٣). وينظر: تهذيب اللغة (٣/ ١٥٠) - مقاييس اللغة (١/ ٣٠٣) - لسان العرب (٨/ ٢٣) - تاج العروس (٢٠/ ٣٦٥).

(٥) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم (٢/ ٢٦١) - أساس البلاغة ص٥٧ - المغرب (١/ ٩٦) -

عرضته للبيع، ويطلق على الصفقة، والقيام مكان الآخر في المنزلة والرفعة[١].

فالمعنى المحوري للبيع: انتقال ما في الحوزة بجرمه كله إلى حوزة أخرى، سواءً كان بيعاً، أو شراءً[٢].

البيع في الاصطلاح:

عرف البيع في الاصطلاح بعدد من التعريفات أبرزها ما يلي:

التعريف الأول: مبادلة مال بمال بالتراضي، وبهذا عرفه جمهور فقهاء الحنفية[٣]، وأضاف بعضهم قيوداً إلى التعريف، فمنهم من قَيَّد المال بكونه متقوماً فقال: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم[٤]، وأضاف بعضهم: جملة بطريق الاكتساب[٥]، وأضاف بعضهم جملة: تملكاً وتمليكاً[٦].

التعريف الثاني: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة، وبهذا عرفه جمهور فقهاء المالكية[٧]، وقال بعضهم: البيع: نقل الملك بعوض[٨]

---

(١) ينظر: تهذيب اللغة (٣/ ١٥٢) - مقاييس اللغة (١/ ٣٠٣) - المحكم (٢/ ٢٦٢) - المصباح المنير (١/ ٦٩) - لسان العرب (٨/ ٢٣) - القاموس المحيط ص١٨٧.

(٢) ينظر: المعجم الاشتقاقي المؤصل (١/ ١٤٢).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢) - البناية (٨/ ٣) - البحر الرائق (٥/ ٢٧٧) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٢).

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣) - التعريفات ص٦٨ - أنيس الفقهاء ص٧٢.

(٥) ينظر: العناية (٦/ ٢٤٦) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ١٤٢).

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣) - التعريفات ص٦٨ - أنيس الفقهاء ص٧٢.

(٧) ينظر: حدود ابن عرفة (١/ ٣٢٦) - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٥) - شرح ميارة (١/ ٤٨٨) - الفواكه الدواني (٢/ ٧٢)

(٨) ينظر: مواهب الجليل(٤/ ٢٢٢).

التعريف الثالث: مقابلة مال بمال على وجه مخصوص، وبهذا عرفه جمهور فقهاء الشافعية[(١)]، وقيده بعضهم فقال: عقد معاوضة مالية، تفيد ملك عين، أو منفعة، على التأبيد، لا على وجه القربة[(٢)].

التعريف الرابع: تمليك عين مالية، ولو في الذمة، أو منفعة مباحة، على التأبيد، بعوض مالي، غير ربا وقرض، وبهذا عرفه جمهور فقهاء الحنابلة[(٣)].

بالنظر إلى التعريفات السابقة يتبين ما يلي:

أ - التعريفات السابقة وإن اختلفت ألفاظها إلا أنها تدور حول أمر واحد هو أن البيع: مبادلة مال بمال، سواءً كان ذلك المال عيناً، أو منفعة مؤبدة عند غير فقهاء الحنفية كبيع حق الطريق، والممر، والمسيل[(٤)] كما صرح بذلك فقهاء الشافعية، والحنابلة، وسواءً تعلق ذلك بالذمة كما صرح به الحنابلة، أو بذات معينة[(٥)].

ب - بعض التعاريف السابقة غير جامعة، كتعريف الحنفية، والمالكية، والشافعية، فتعريف الحنفية لم يتناول بيع المنفعة المؤبدة، كحق الممر، والمسيل؛ لأن المنافع عندهم لا تملك على التأبيد، وإنما ملكها مؤقت، وكذلك تعريف المالكية، ولم يتناول تعريف

(١) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨) - أسنى المطالب (٢/ ٢) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٢) - إعانة الطالبين (٣/ ٥).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج (٤/ ٢١٥) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٣) - نهاية المحتاج (٣/ ٣٧٢).

(٣) ينظر: المبدع (٤/ ٤) - الإنصاف (٤/ ٢٦٠) - كشاف القناع (٣/ ١٤٦) - كشف المخدرات(١/ ٣٥٩).

(٤) ينظر: تحفة المحتاج (٤/ ٢١٥) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٣) - المبدع (٤/ ٤٠٦) - الإنصاف (٦/ ٣).

(٥) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/ ١٠٧).

الحنفية، والمالكية، والشافعية البيع في الذمة.

ج - بعض التعاريف السابقة غير مانعة، كتعريف الحنفية، فيدخل فيه أكثر البيوع الفاسدة، وتعريف المالكية، والشافعية يدخل فيه الربا، والقرض.

وبناءً على ما سبق يتبين أن تعريف الحنابلة هو أقرب التعريفات السابقة وأجمعها.

المطلب الثاني

أدلة مشروعية عقد البيع

البيع من العقود المشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، والمعقول، ويدل على ذلك ما يلي:

أولاً: من الكتاب:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البَقَرَة: ٢٧٥].

وجه الدلالة: هذه الآية أصل في إباحة البيع بأنواعه إلَّا ما دل الدليل على تحريمه، فكل بيع وقع من جائزي التصرف، وكان عن تراض، ولم يكن مما نهى الله ورسوله عنه فهو مباح[١].

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٩].

وجه الدلالة: هذه الآية من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات، فالتجارة: اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الأرباح، وفي مقدمتها البيع، فكل تجارة وقعت عن تراض فهي مشروعة[٢].

---

(١) ينظر: تفسير الإمام الشافعي (١/ ٤٢٩) - أحكام القرآن، الجصاص (٢/ ١٨٩) - أحكام القرآن، ابن العربي (١/ ٣٢١) - الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٢٥٦) - الإكليل في استنباط التنزيل ص٦٣.

(٢) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (٣/ ١٢٨) - أحكام القرآن، ابن العربي (١/ ١٣٧)(١/ ٣٢١).

الدليل الثالث: قال تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البَقَرَة: ١٩٨].

وجه الدلالة: الآية دليل على إباحة التجارة وسائر أنواع المكاسب، ومنها: البيع، وذلك أنَّ الفضل: طلب نيل الدنيا من التجارة والكسب(١).

ثانياً: من السنة:

السنة قد دلت على جواز البيع قولاً، وفعلاً، وتقريراً، وذلك على النحو التالي:

الدليل الأول: عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال: قيل: يا رسول الله، أيُّ الكسب أطيب؟ قال: (عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور)(٢).

وجه الدلالة: فيه دليل على ما جبلت عليه الطباع من طلب المكاسب، وإباحة البيع الخالي من وجوه التحريم والكراهة، ونبه بالبيع على ما عداه(٣).

الدليل الثاني: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم، فيزجره عمر ويرده، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر: (بعنيه)، قال: هو لك يا رسول الله، قال: (بعنيه)، فباعه من رسول الله

---

(١) ينظر: النكت الدالة على البيان، القصاب (١/ ٢٨٧) - أحكام القرآن، الجصاص (٢/ ١٧٤) - أحكام القرآن، ابن العربي (٣/ ٢٨٣) - الإكليل ص٤٧.

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند برقم (١٧٢٦٥)، والطبراني في الكبير برقم (٤٤١١) والبيهقي في الكبرى برقم (١٠٧٠١)، وحكم بإرساله البخاري، وأبو حاتم، والبيهقي، وصححه الألباني. ينظر: مسند أحمد (٢٨/ ٥٠٢) - المعجم الكبير (٤/ ٢٧٦) - السنن الكبرى (٥/ ٢٦٣) - البدر المنير (٦/ ٤٤١) - التلخيص الحبير (٣/ ٥) - السلسلة الصحيحة (٢/ ١٥٩).

(٣) ينظر: مرقاة المفاتيح (٥/ ١٩٠٤) - فتح القدير، المناوي (١/ ٥٤٧) - سبل السلام (٢/ ٣).

ﷺ، فقال النبي ﷺ : (هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما شئت)[١].

الدليل الثالث: عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ باع حِلْساً، وقَدَحاً، وقال: (من يشتري هذا الحِلْس والقَدَح)، فقال رجل: أخذتهما بدرهم، فقال النبي ﷺ : (من يزيد على درهم، من يزيد على درهم؟) فأعطاه رجل درهمين، فباعهما منه[٢].

وجه الدلالة من الحديثين: أن النبي ﷺ باع واشترى، فدلت سنته الفعلية ﷺ على جواز البيع ومشروعيته.

الدليل الرابع: أنه " بُعث النبي عليه السلام، والناس يتبايعون، فقررهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة"[٣]، وقد جاء في الحديث: (أنَّ النبي - ﷺ - خرج إلى المصلى، فرأى الناس يتبايعون، فقال: يا معشر التجار، فرفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه، فقال: إنَّ التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من اتقى الله وبَرَّ وصدق)[٤]، فأقرهم على تبايعهم، وحثهم على الصدق والتقوى.

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٩٧.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص١٢٥.

(٣) تحفة الفقهاء ص٤٣٢. وينظر: الاختيار (٢/ ٣) - تبيين الحقائق(٤/ ٣)- العناية (٦/ ٢٤٧) - البناية (٨/ ٣) - المغني (٣/ ٤٨٠) - الشرح الكبير(٤/ ٣).

(٤) الحديث أخرجه الدارمي في سننه، كتاب البيوع، باب في التجار برقم (٢٥٨٠)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم برقم (١٢١٠)، وابن ماجة في سننه، أبواب التجارات، باب التوقي في التجارة برقم (٢١٤٦)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة. ينظر: سنن الدارمي (٣/ ١٦٥٢) - سنن الترمذي (٢/ ٥٠٦) - سنن ابن ماجة (٣/ ٢٧٧)- المستدرك (٢/ ٨)- السلسلة الصحيحة (٢/ ٦٩٣).

ثالثاً: الإجماع:

أجمع العلماء على جواز البيع ومشروعيته[١].

وفي ذلك يقول ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: " وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة "[٢].

رابعاً: من المعقول:

العقود من أهم وسائل المعاملات بين الناس، وفيها بقاء المكلفين، ودفع حاجاتهم، وقد اهتم الشرع بها؛ لأنها متعلقة بحياتهم، متصلة بمعاشهم، لا غنى لهم عنها؛ فإن ما لدى الإنسان لا يعتبر كافياً في سد متطلباته، وليس باستطاعته صنع كل مستلزماته[٣].

ومن بين هذه العقود عقد البيع، فإن حاجة الناس إلى تملك الأعيان كبيرة؛ حيث قد تتعلق حاجة الشخص بما في يد صاحبه، وقد لا يَبْذله له بغير عوض، فكان البيع سبيلاً إلى وصول الناس لأغراضهم، وسد حاجاتهم، وتحصيل مصالحهم، وحاجات الناس أصل في شرع العقود، ولذا جعل الشرع لكل حاجة عقداً يختص بها، فشرع عقد البيع

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء ص٤٣٢ - الاختيار (٢/ ٣) - تبيين الحقائق (٤/ ٣) - العناية (٦/ ٢٤٧) - فتح القدير (٦/ ٢٤٧) - البحر الرائق (٥/ ٢٨٣) - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٧) - شرح ميارة (١/ ٤٤٩) - البهجة في شرح التحفة (٢/ ٧)- الحاوي(٥/ ٣) - الوسيط (٣/ ٣) - البيان (٥/ ٩) - المجموع (٩/ ١٤٨) - فتح الباري (٤/ ٢٨٧) - أسنى المطالب (٢/ ٢) - الغرر البهية (٢/ ٣٨٧) - الإقناع (٢/ ٢٧٣) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٣) - نهاية المحتاج (٣/ ٣٧٣) - الإفصاح (١/ ٢٧٠) - المغني (٣/ ٤٨٠) - الشرح الكبير (٤/ ٣)- المبدع (٤/ ٣) - شرح الزركشي (٣/ ٣٨١) - كشاف القناع (٣/ ١٤٥) - شرح المنتهى (٢/ ٥)- مطالب أولي النهى (٣/ ٣).

(٢) المغني (٣/ ٤٨٠).

(٣) ينظر: الفروق (٤/ ٣٦) - فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٢٤٨) - نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص١٨ - ضوابط العقد، التركماني ص١٧ - صيغ العقود، الغليقة ص٥٢-٥٥.

لتملك الأعيان بعوض، وشرع عقد الهبة لتملكها بغير عوض، وشرع عقد الإعارة لإباحة المنافع بغير عوض، وشرع الإجارة لإباحة المنافع بعوض، فلو لم يشرع البيع مع مسيس الحاجة إليه لم يجد العبد سبيلاً إلى دفع هذه الحاجة، وهذا خلاف مقصد الشرع وغايته[1].

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٣٦) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤) - البناية (١٠/ ٢٢٢) - الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٥٢) - مواهب الجليل (٥/ ٣٨٩) - منح الجليل (٧/ ٤٣٢) - الحاوي (٥/ ١٢) (٧/ ٣٩٠) - المهذب (٢/ ٢٤٣) - البيان (٧/ ٢٨٨) - المغني (٣/ ٤٨٠) (٦/ ٥) - شرح الزركشي (٣/ ٣٨٢) -المبدع (٤/ ٤٠٦) - كشاف القناع (٣/ ١٤٥) (٣/ ٥٤٦).

المطلب الثالث

صور ورود البيع في العقد الطبي

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: بيع منافع الطبيب

صورة هذه المسألة: أن تشتري منشأة صحية، أو شخصاً ثرياً منفعة الطبيب، بحيث لا يعمل إلا عند هذه المنشأة، أو ذلك الشخص مدة حياته، مقابل عوض مالي تدفعه له مرة واحدة، وتتملك منفعته، وقد تدفع له إضافة إلى ذلك أجراً شهرياً.

ولبيان حكم هذه الصورة سأتكلم عن مالية المنافع، وهل تعد المنافع أموالاً أم لا ؟

وسينتظم الكلام عن ذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف المال، والمنافع:

تعريف المال: عرف المال في الاصطلاح بعدد من التعريفات منها ما يلي:

أولاً: تعريفات فقهاء الحنفية:

التعريف الأول: " اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز "[1].

---

(١) المبسوط (١١/ ١٤٣).

التعريف الثاني: ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة(١).

ثانياً: تعريفات جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة:

التعريف الأول: ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به(٢).

التعريف الثاني: ما له قيمة يباع به، وتلزم متلفه، وما لا يطرحه الناس(٣).

التعريف الثالث: ما فيه منفعة مباحة، لغير حاجة أو ضرورة(٤).

بالنظر إلى التعريفات السابقة يتبين أن الحنفية راعوا في كون الشيء مالاً أمرين:

الأول: إمكان الحيازة والإحراز (العينية).

الثاني: إمكان الانتفاع به عادةً أو عرفاً.

وأما الجمهور فمحور المالية عندهم يختلف من مذهب لآخر، فعند المالكية قابلية الملك والانتفاع، وعند الشافعية: القيمة المالية، ومراعاة العرف، وعند الحنابلة: المنفعة المطلقة في غير حال الحاجة والضرورة(٥).

---

(١) ينظر: درر الحكام شرح الغرر (٢/ ١٦٨) - البحر الرائق (٥/ ٢٧٧) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١) (٥/ ٥١).

(٢) ينظر: أحكام القرآن، ابن العربي (٢/ ١٠٧).

(٣) ينظر: الأم (٥/ ٦٣)(٥/ ١٧١) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٣٢٧.

(٤) ينظر: الشرح الكبير (٤/ ٧) - المبدع (٤/ ٩) - الإنصاف (٤/ ٢٧٠)- منار السبيل (١/ ٣٠٧).

(٥) ينظر: المعاوضة على الحقوق، عبدالله الموسى ص١٨٧- ١٩٠.

وتعريف الحنفية للمال نوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن طباع الناس تختلف في ميلها وتتناقض، فلا تصلح أن تكون أساساً ومقياساً لتمييز المال من غير المال، ولو أريد به الطبع السليم العام فليس له حد كذلك.

الوجه الثاني: أن هذه التعريفات تخرج الأموال التي لا يمكن ادخارها، كالخضراوات، وتخرج المنافع، وما لا يمكن حيازته كالحقوق المعنوية، وتخرج الأموال التي لا يميل إليها الطبع كالأدوية الكريهة.

الوجه الثالث: أن هذه التعريفات لم تعتبر في الشيء إباحة الانتفاع به شرعاً(١).

ومن خلال ما تقدم يتبين أن تعريفات الجمهور للمال أقرب، ومن مجموعها يستفاد التعريف التالي:

المال: ما يقع عليه الملك، وكان فيه منفعة مقصودة، مباحة شرعاً، لغير ضرورة أو حاجة(٢).

تعريف المنافع: عرفت في الاصطلاح بعدد من التعريفات منها:

التعريف الأول: الزوائد التي تحدث في العين شيئاً فشيئاً(٣).

التعريف الثاني: ما لا يمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة، يمكن استيفاؤه، غير جزء مما أضيف إليه(٤).

---

(١) ينظر: نظرية الالتزام ص١٢٤- معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٩٣ - المعاوضة على الحقوق ص١٨٥.

(٢) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٩٣ – المعاوضة على الحقوق ص١٩٠

(٣) ينظر: المبسوط (١١/ ٧٨).

(٤) ينظر: شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٢١) - مواهب الجليل (٥/ ٤٢١).

التعريف الثالث: تهيُّؤَ العين المستأجرة لانتفاع المستأجِر بها في الوجه المطلوب(١).

التعريف الرابع: أعراض قائمة بغيرها، لا أعيان قائمة بنفسها(٢).

من خلال التعريفات السابقة يستفاد التعريف التالي فيقال:

المنافع هي: الأعراض المستفادة من الأعيان القابلة للانتفاع، والتي لا يمكن حيازتها بنفسها(٣).

ثانياً: مالية المنافع:

اختلف الفقهاء في مالية المنافع على قولين:

القول الأول: أن المنافع ليست أموالاً، إلّا في الإجارة، وهذا قول الحنفية(٤).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: ما روي أن عمر أو عثمان رضي الله عنهما: (قضى أحدهما في امرأة غَرَّت(٥) بنفسها رجلاً، فذكرت أنها حرة، فولدت أولاداً، فقضى أن يفدي ولده بمثلهم)(٦).

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٨/ ٦٨) - المنثور في القواعد (٣/ ٢٣٠).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ٢٢).

(٣) ينظر: آثار عقد الإجارة ص٤٤ – معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣٣٠ - العقد على المنافع ص٨١.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٣) (٧/ ١٤٥) – كشف الأسرار، البخاري (١/ ٢٥٣) (٣/ ٤٥٣) – تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٤) – التقرير والتحبير (٢/ ١٧٣).

(٥) غَرَّت: أي خدعت، والغرور: الخديعة والتلبيس، وإظهار النفع فيما فيه الضرر. ينظر: مشارق الأنوار (٢/ ١٣١) - لسان العرب (٥/ ١١) - المغرب (٢/ ١٠٠).

(٦) أخرجه مالك بلاغاً في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه برقم (٢٧٣٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢١٠٦٠)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٤٦٤٣)، وأورده الزيلعي، وابن الملقن، وابن حجر، ولم يتعقبوه بشيء. ينظر: موطأ مالك (٤/ ١٠٧٢) =

وجه الدلالة: أن الصحابة ﷺ لم يحكموا بوجوب أجر منافع الجارية مع أولادها، مما يدل على أنهم لم يعدوا منافع الجارية أموالاً؛ حيث إنها لم تقوَّم، ولم يبذل لأجلها العوض[(١)].

الدليل الثاني: أن المنافع معدومة؛ لأنها قبل الطلب والاكتساب لا وجود لها، وبعد كسبها تتلاشى وتفنى، وإذا كانت كذلك فلا يمكن حيازتها وإحرازها، وبالتالي لا يصح أن تكون المنافع أموالاً[(٢)].

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن المنافع وإن كانت معدومة فهي مال عرفاً وشرعاً، والعرف معتبر في الأحكام الشرعية، ومن المعروف: أن من وضع يده على دار وسكنها مدة من الزمن أنه فوَّت منفعتها، وتفويت المنفعة تفويت شيء من المال، بدليل أن المالك يُعَوَّض عن ذلك[(٣)].

الوجه الثاني: أن كون المنافع معدومة لا ينفي عنها المالية متى وجدت، كالعين المستأجرة إذا تلفت قبل تمام المدة، تلفت فيما بقي من مال المؤجر، وفيما مضى من مال المستأجر، وهذا لا ينفي عنها المالية[(٤)]

الوجه الثالث: أنه ليس بلازم في المال أن يُحْرز أو يُحَاز بنفسه، بل تكفي حيازة أصله ومصدره، فمن حاز سيارة فله أن يمنع غيره من

= - مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٣٦١) - السنن الكبرى (٧/ ٢١٩)- نصب الراية (٤/ ١١٠) - البدر المنير (٩/ ٧١٢) - الدراية (٢/ ١٧٩).

(١) ينظر: المبسوط (١١/ ١٤٢) - تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٤) - مجمع الأنهر (٢/ ٤٦٧).

(٢) ينظر: المبسوط (١١/ ١٤٣) - كشف الأسرار، البخاري (١/ ٢٥٤) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٢) - البناية (١٠/ ٢٧٠) - التقرير والتحبير (٢/ ١٧٣).

(٣) ينظر: المعاوضة على الحقوق ص١٩١.

(٤) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/ ١٤٣).

الانتفاع بها إلَّا بإذنه؛ لأنه يملك منفعة السيارة إلى جانب أصلها[(١)].

الدليل الثالث: أن المنافع ليست مالاً متقوماً؛ ذلك أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا يمكن تمولها؛ لأنها أعراض لا بقاء لها[(٢)].

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن المنافع أموال متقومة متمولة، بدليل اعتبار الناس لها في تجاراتهم ومعايشهم[(٣)].

الوجه الثاني: أن هذا استدلال بموضع النزاع؛ فالتَمَوَّل معناه اتخاذ الشيء مالاً، وليس صيانته وإحرازه[(٤)]

الوجه الثالث: أن عدم اعتبار المنافع أموال متقومة فيه إهدار للحقوق، وضياع لمصالح العباد، ثم إنَّ العرف العام في الأسواق والمعاملات المالية يجعل المنافع غرضاً مالياً[(٥)].

الدليل الرابع: أن المنفعة لا تماثل العين، بل هي دونها في المالية؛ فالعين تبقى، وتقَّوم بنفسها، وتضمن بمثلها، أو بقيمتها، والمنفعة لا تبقى، ولا تقوَّم إلَّا بالعين، ولا تضمن بمنافع مثلها عند الإتلاف[(٦)].

---

(١) ينظر: أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص٣٠ - حكم إخراج الزكاة من المنافع ص٥٤٢.

(٢) ينظر: المبسوط (١١/ ١٤٣) - كشف الأسرار (١/ ٢٥٤) - تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٤) - البناية (٥/ ١٦١)

(٣) ينظر: الحقوق المعنوية، عجيل النشمي ص٣٢٧ - المعاوضة على الحقوق ص ١٩٢.

(٤) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/ ١٤٣).

(٥) ينظر: أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص٣٠ - حكم إخراج الزكاة من المنافع ص٥٤٢.

(٦) ينظر: المبسوط (١١/ ١٤٣) - كشف الأسرار، البخاري (١/ ٢٥٥) - التقرير والتحبير (٢/ ١٧٣).

ونوقش هذا الدليل من الوجهين التاليين:

الوجه الأول: أنه لا يلزم من كون المنفعة دون الأعيان في المالية أن تكون مالاً متقوماً، والنزاع ليس في مماثلتها للأعيان أو عدمه، وإنما هو في ماليتها وتقومها(١).

الوجه الثاني: لا يُسَلَّم بأن المنافع دون الأعيان مطلقاً، فإن الأعيان تُقَوَّم بالمنفعة، ويتوصل بالأعيان إلى المنافع، فالمقصود منافع الأعيان، لا ذاتها(٢).

الدليل الخامس: أن المنافع إنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة على خلاف القياس للحاجة استحساناً؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع فيها معدومة في الحال، ولكن الشارع لضرورة الحاجة إليها أعطاها حكم الموجود، وجوَّز بأن تكون محلاً للعقد(٣).

ونوقش هذا الدليل: بأن هذا متحقق في أصل المنافع، سواءً ورد عليها العقد، أم لم يرد، مما يقضي بوجوب اعتبار أصل المنافع أموالاً؛ لاتحاد العلة، وهي المصلحة(٤).

القول الثاني: أن المنافع أموال، وهذا قول جمهور الفقهاء، فهو قول عند الحنفية اختاره المتأخرون منهم(٥)، وهو قول المالكية(٦)،

---

(١) ينظر: الحقوق المعنوية، النشمي ص٣٢٨ - المعاوضة على الحقوق ص١٩٢.
(٢) ينظر: المصدران السابقان، نفس أرقام الصفحات.
(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٣) - شرح المجلة (١/ ١٠٠)
(٤) ينظر: المعاوضة على الحقوق ص١٩٣.
(٥) ينظر: الفروق، الكرابيسي (٢/ ٢٣٨) - المدخل إلى نظرية الالتزام ص٢١٨.
(٦) ينظر: بداية المجتهد (٤/ ١٥٢٢) - عقد الجواهر (٢/ ٧٤٤) - الذخيرة (٨/ ٢٨١) - حاشية الدسوقي (٣/ ٤٤٢).

والشافعية[١]، والحنابلة[٢]، واختاره جملة من الفقهاء والباحثين[٣].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الشرع حكم بمالية المنفعة، وقوَّمَها، وجعلها بمنزلة المال في صور متعددة منها:

أ - جواز جعل المنفعة مهراً يجري الاعتياض عليه في عقد النكاح، ومن أدلة ذلك:

أولاً: قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القَصَص: ٢٧]، فدل على جواز جعل منافع الحر صداقاً شرعياً[٤]، والمهر لا بد أن يكون مالاً كما في قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَۚ﴾ [النِّسَاء: ٢٤].

ثانياً: عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت لك من نفسي، فقال رجل: زوجنيها، قال: (قد زوجناكها بما معك من القرآن)[٥]،

---

(١) ينظر: قواطع الأدلة (٢/ ١١٣) - روضة الطالبين (٥/ ١٢) - المنثور (٣/ ١٩٧) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٢).

(٢) ينظر: شرح الزركشي (٤/ ١٨٢) - قواعد ابن رجب ص٢١٢- المبدع (٥/ ٢٠) - كشاف القناع (٤/ ٨٠)

(٣) ينظر: نظرية الالتزام ص٢١٨ - أحكام المعاملات الشرعية ص٣٠ - الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي (١٠/ ٢٣٢) - الحقوق المعنوية، النشمي ص٣٢٥ - الأشياء المختلف في ماليتها، اللحيدان ص٣٤٨ - المعاوضة على الحقوق ص١٩٥ - بذل المنافع بدلاً في الزكاة، الشراح ص٤٨ - حكم إخراج الزكاة من المنافع ص٥٤٦.

(٤) ينظر: المحرر الوجيز (٤/ ٢٨٥) - أحكام القرآن، ابن العربي (٣/ ٤٩٩) - الجامع لأحكام القرآن (١٣/ ٢٧٢-٢٧٤) - أحكام القرآن، الكيا الهراسي (٤/ ٣٣٥).

(٥) الحديث سبق تخريجه ص١٠١.

فدلَّ على جواز جعل منفعة تعليم القرآن صداقاً[(١)].

ب - جواز أخذ العوض على الرضاعة كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق: ٦]، ففيه دليل على جواز أخذ المرأة أجراً مقابل منفعة إرضاع الولد[(٢)].

ج - جواز أخذ الأجر على منفعة قراءة القرآن[(٣)]، كما في حديث ابن عباس رضي الله عنهما وفيه (إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله)[(٤)].

د - أن الشارع جعل المنفعة مقابلة بالمال في عقد الإجارة، وهو من عقود المعاوضات، ولو لم تكن أموالاً ما صح العقد عليها؛ لأن العقد لا يقلب حقائق الأشياء[(٥)].

الدليل الثاني: قياس المنافع على الأموال، بجامع أن كلاً من المنافع والأموال يجب فيها الضمان، ويجري فيها التمول والتقويم، وتقابل بالعوض، وتميل إليها النفس، وتملك بالوصية، ويدخلها الإذن[(٦)].

---

(١) سبق تخريجه ص٢٤٥.

(٢) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (٢/ ١٠٤، ١٧٤) - أحكام القرآن، ابن العربي (٤/ ٢٨٨).

(٣) ينظر: معالم السنن (٣ / ١٠١) - شرح معاني الآثار (٤ / ١٢٦) - فتح الباري (٤/ ٤٥٣).

(٤) الحديث سبق تخريجه ص١٥٤.

(٥) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٥٧ - الأشياء المختلف في ماليتها، اللحيدان ص٣٤٧.

(٦) ينظر: المبسوط (١١/ ١٤١) - بداية المجتهد (٤/ ١٥٢٢) - الذخيرة (٨/ ٢٨٢) - حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢٢) - النجم الوهاج (٥/ ١٩٣) - نهاية المحتاج (٥/ ١٧٠) - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٥٧ - الحقوق المعنوية، النشمي ص٣٢٦ - المعاوضة على الحقوق ص١٩٤ - الاختلاف في مالية المنافع ص٨.

قال ابن رشد الحفيد: " والقياس أن تجري المنافع والأموال مجرى واحداً "[١].

الدليل الثالث: أن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فإن الأعيان لا تكون مالاً إلَّا إذا ثبت أن لها منفعة، فالأعيان لا تقصد لذاتها، وإنما تقصد لمنافعها، فتبين أن المنافع هي الأصل في ثبوت مالية الأعيان، وقيمة الشيء إنما تعرف بحجم منفعته، وأثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها[٢].

الدليل الرابع: أنه قد جرى العرف العام بين الناس في الأسواق والمعاملات المالية على اعتبار المنافع غرضاً مالياً يتجر فيه، وتبذل لأجله الأموال، والناس لا يطلقون وصف المال على الشيء إلَّا إذا كان له قيمة عندهم، وما لا منفعة له لا رغبة فيه، ولا يوجد من يطلبه[٣].

الدليل الخامس: أن عدم اعتبار المنافع أموالاً يفضي إلى تضييع حقوق الناس، وإغراء الظلمة بالاعتداء على منافع الأعيان التي يملكها غيرهم، وفي ذلك من الفساد والجور ما يناقض مقاصد الشريعة وعدالتها[٤]

---

(١) بداية المجتهد (٤/ ١٥٢٢)

(٢) ينظر: الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٢٨) - عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٧٥٦) - القوانين الفقهية ص٣٥٢ قواعد الأحكام (١/ ١٨٣) - تخريج الفروع على الأصول ص٢٥-٢٢٦ - المغني (٥/ ٣٢٣) - المبدع (٤/ ٤٠٦) - المدخل إلى نظرية الالتزام ص٢١٦ - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٥٧ - الحقوق المعنوية، النشمي ص٣٢٦ - المعاوضة على الحقوق ص١٩٥ - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/ ١٤٨) - الاختلاف في مالية المنافع ص٨ - بذل المنافع ص٤٥.

(٣) ينظر: الفروق، القرافي (١/ ٣٣١)- تخريج الفروع على الأصول ص٢٢٦ - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٥٧ - أحكام المعاملات الشرعية ص٣٠ - الحقوق المعنوية، النشمي ٣٢٦ - إخراج الزكاة من المنافع ص٥٤٥ - الاختلاف في مالية المنافع ص٨.

(٤) ينظر: تخريج الفروع على الأصول ص٢٢٥ - الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٦/ ٣٣) - الأشياء المختلف في ماليتها عند الفقهاء ص٣٤٧.

الترجيح: الراجح من القولين القول الثاني المتضمن أن المنافع أموال، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي:

أ - أن هذا القول تدعمه أدلة الكتاب والسنة، والقول الأول " ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها، ولا من أصولها "[1].

ب - أن هذا القول " أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع، ومصلحة التطبيق، وصيانة الحقوق "[2].

ج - قوة أدلة القول الثاني، وسلامتها، وورود النقاش على أدلة القول الأول.

يظهر أثر هذا الخلاف في مسائل متعددة في الإجارة، والوصية، والرهن، والوقف، وغيرها[3].

وبعد عرض الخلاف في مالية المنافع أعود للحديث عن المسألة التي سقت الخلاف من أجلها، وهي حكم بيع منافع الطبيب على سبيل التأبيد، بأن تشتري منشأة أو شخص منفعة طبيب مدة حياته، وبالنظر إلى هذه المسألة يتبين ما يلي:

أولاً: أن منفعة الطبيب مال متقوم، بدليل جواز أخذ العوض عليها.

ثانياً: أن البيع تمليك مؤبد، وأما الإجارة فهي مؤقتة[4].

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص٢١٨. (٢) المصدر السابق نفس رقم الصفحة.

(٣) ينظر في ذكر ثمرة الخلاف والفروع المترتبة على ذلك: تخريج الفروع على الأصول ص٢٢٧-٢٢٨ - الأشباه والنظائر، السبكي (٢/ ٢٨١-٢٨٣) - الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٩/ ١٠٣) - الأشياء المختلف في ماليتها ص٣٤٨ - ٣٥١ - بذل المنافع في الزكاة ص٤٥-٥٩ - الاختلاف في مالية المنافع ص١٠ -٣٣.

(٤) ينظر: العقد الوارد على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، أحكامه، آثاره، انتهاؤه، محمد الغامدي ص١٦.

ثالثاً: أن الفقهاء تكلموا على مسألة عقد الإجارة بلفظ البيع، وهي مغايرة لهذه المسألة، وصورتها أن يقول المريض للطبيب: بعني منفعتك شهراً، أو سنة، أو عشر سنوات.

وهذه المسألة الخلاف فيها بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع، وهذا قول عند الحنفية[١]، وهو الأصح عند الشافعية[٢]، وهو قول عند الحنابلة[٣]، وهو مقتضى قول ابن حزم في ألفاظ البيوع[٤].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الأسماء كلها توقيف من الله تعالى، لا سيما أسماء الأحكام الشرعية التي لا يجوز فيها الإحداث، ولا تعلم إلّا بالنصوص[٥].

ونوقش هذا الدليل من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن هذا القول مبني على مسألة مبدأ اللغات: هل هي توقيفية أم اصطلاحية، وهي مسألة خلافية، والمختار أن بعضها توقيفي، وبعضها اصطلاحي تواضع عليه البشر[٦].

---

(١) ينظر: الاختيار (٢/ ٥١) - البناية (١٠/ ٢٢٦) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ٢٢٦) - البحر الرائق (٧/ ٢٩٧).

(٢) ينظر: الحاوي (١٠/ ١٦٥) - المهذب (٢/ ٢٤٤) - نهاية المطلب (٦/ ٤٩٨) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٢).

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٢) - شرح الزركشي (٤/ ٢٢٢) - المبدع (٤/ ٤٠٧) - الإنصاف (٦/ ٤).

(٤) ينظر: المحلى (٧/ ٢٣٢).

(٥) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٦) ينظر: ميزان الأصول ص٣٨٨ -٣٩٠ - بذل النظر ص٣٤-٣٧ - التقرير والتحبير (١/ ٩٨) - المحصول، ابن العربي ص٢٩ - تقريب الوصول ص١٣٠ - قواطع الأدلة (١/ ٢٨١)- =

الوجه الثاني: ليس معنى التوقيف هنا: المنع من التواضع على اصطلاح جديد، وإلَّا لحرم الكلام بغير لغة آدم عليه السلام، وإنما المراد: أن يلقنوا وضع الصيغ على حكم الإرادة والاختيار[١].

الدليل الثاني: أن البيع يخالف الإجارة في الاسم والحكم، فالبيع يقتضي التأبيد، والإجارة تقتضي التوقيت، والبيع وضع لتمليك الأعيان، والإجارة وضعت لتمليك المنافع، والإجارة تضاف إلى العين التي يضاف إليها البيع إضافة واحدة، فتبين أن الإجارة قد اختصت بمعنى فيها يقتضي لفظاً يدل على ذلك، يُعَرِّف بها ويفرق بينها وبين البيع[٢].

ونوقش: بأنه يسلم بصحة الفروق بين البيع والإجارة، لكنَّ " الألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه"[٣].

القول الثاني: أن الإجارة تنعقد بلفظ البيع، وهذا قول عند فقهاء الحنفية، وقيده بعضهم بشرط التوقيت[٤]، وهو قول فقهاء المالكية[٥]،

= المستصفى ص١٨١ - الإحكام (٢/ ٢٦٣) - البحر المحيط (١/ ٣٩٩) وما بعدها - روضة الناظر ص١٧١ - المسودة ص٥٠٤ - شرح الكوكب المنير (١/ ٢٨٥) وما بعدها - إرشاد الفحول (١/ ٤١) وما بعدها.

(١) ينظر: البرهان، الجويني، (١٤٤) - قواطع الأدلة، (١/ ٢٨١).

(٢) ينظر: الاختيار (٢/ ٥١) - نهاية المطلب (٦/ ٤٩٨) - المغني (٥/ ٣٢٢)- المبدع (٤/ ٤٠٧).

(٣) إعلام الموقعين (١/ ١٦٧).

(٤) ينظر: المبسوط (٧/ ١١٦) - البناية (١٠/ ٢٢٦) - البحر الرائق (٧/ ٢٩٧) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥).

(٥) ينظر: التهذيب (٣/ ٢٣٤) - الإشراف (٢/ ٦٥٤) - مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢) - البهجة (٢/ ٢٩٨).

وقول عند فقهاء الشافعية(١)، وعند فقهاء الحنابلة(٢)، واختاره ابن تيمية(٣)، وابن القيم(٤)، وبعض الفقهاء المعاصرين(٥).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: حديث سعيد بن ميناء قال: سمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنهما يقول: إنَّ رسول الله ﷺ قال: (من كان له فضل أرض فليزرعها، أو ليزرعها أخاه، ولا تبيعوها)، فقلت لسعيد: ما قوله: ولا تبيعوها، يعني الكراء؟ قال: "نعم"(٦).

وجه الدلالة: في الحديث دليل على صحة إطلاق لفظ البيع على الإجارة، وقد بَوَّبَ عليه في المنتقى بقوله: " باب ما يذكر في عقد الإجارة بلفظ البيع "(٧).

الدليل الثاني: أن الإجارة بيع منافع، قائمة على المعاوضة، يتقسط فيها العوض، فتنعقد بلفظ البيع(٨)

الدليل الثالث: أن المتعاقدين إذا عرفا مقصود العقد انعقد بأي لفظ

---

(١) ينظر: الحاوي (١٠/ ١٦٥) - المهذب (٢/ ٢٤٤)- كفاية النبيه (١١/ ٢٠٥) - مغني المحتاج (٢/ ٣٢٢).

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٢)- شرح الزركشي (٤/ ٢٢٢) - المبدع (٤/ ٤٠٧) - الإنصاف (٦/ ٤-٥).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٣٣).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ٤).

(٥) ينظر: الشرح الممتع (٨/ ١٠١-١٠٢).

(٦) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب كراء الأرض برقم (١٥٣٦) (٣/ ١١٧٦).

(٧) ينظر: المنتقى، مجد الدين ابن تيمية، ص٥٣٤.

(٨) ينظر: المهذب (٢/ ٢٤٤) - البيان (٧/ ٢٩٥) - المغني (٥/ ٣٢٢) - الشرح الكبير (٦/ ٤).

كان، وهذا عام في جميع العقود[١]؛ إذا الاعتبار للمعنى لا للفظ[٢]، والشارع الحكيم سبحانه لم يحد حداً لألفاظ العقود بل ذكرها مطلقة[٣]، وبذلك يتبين أن " الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها،كان هذا إلغاءً لما يجب اعتباره، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه"[٤].

الترجيح: الراجح القول الثاني المتضمن صحة انعقاد الإجارة بلفظ البيع إذا فهم المتعاقدان المراد، ويؤيد ذلك ما يلي:

أ - أن هذا القول أقوى دليلاً، وأصح نظراً.

ب - أن هذا القول يحقق مصالح الناس، وفيه مراعاة لأعرافهم وعاداتهم، واللفظ " إذا لم يكن له حد في الشرع، ولا في اللغة كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم "[٥].

وعليه فإن إجارة الطبيب إن وقعت بلفظ البيع فهي إجارة صحيحة، وتطبق بحقها أحكام الإجارة لا أحكام البيع.

رابعاً: يتبين من خلال ما سبق أن بيع منفعة الطبيب على التأبيد لا تصح عند الفقهاء جميعاً؛ لما يلي:

أ - أن العقد إماًّ أن يرد على ذات الطبيب، وإماًّ أن يرد على منفعته، وورود العقد على ذات الطبيب لا يصح؛ لأن الحر لا يُمْلَك من

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٣/ ١٥٦) - إعلام الموقعين (١/ ٢٢١).
(٢) ينظر: المبسوط (٧/ ٢٦٤) - بدائع الصنائع (٣/ ١٥٢) - الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٢٠٧.
(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٦).
(٤) إعلام الموقعين (٣/ ٧٨).
(٥) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٦).

جهة ذاته، فهو لا يَمْلِك بيع نفسه، وإنما يَمْلِك إجارتها[١]، وورود العقد على منافع الطبيب على سبيل التأبيد لا يصح أيضاً؛ لأن الإجارة من العقود المؤقتة، والتأبيد يبطلها[٢]، ولو جُوِّز في سائر الأعيان عقد الإجارة على التأبيد لبطل فيها معنى الملك[٣]، واللائق بكل عقد مراعاة ما أثبت فيه من تأقيت أو تأبيد[٤].

ب - أن من أجاز الإجارة على المدة الطويلة أجازها بشرط أن يكون الشيء المستأجَر مما يبقى غالباً مدة الإجارة[٥]؛ ذلك أن الإجارات تختلف باختلاف الأمن والخوف، والجدة والقدم، وطول العمر؛ والغالب كالمحقق في الأحكام فوجب العمل به، والمصير إليه[٦]، وإذا كان الفقهاء راعوا في الإجارة الطويلة بقاء الشيء غالباً، رعاية لمقصد العقد، وبعداً عن الغرر، فإن منع بيع منفعة الطبيب على التأبيد أولى.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٠٧) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٢) - مواهب الجليل (٦/ ٢٣٧) - حاشية الصاوي (٢/ ٢٦٤) - الغرر البهية (٤/ ٢٣٣)- شرح الزركشي (٥/ ١١٦) - المبدع (٦/ ١٥٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - العناية (٩/ ٦٣) - درر الحكام شرح المجلة (١/ ٤٢٨) - التاج والإكليل (٧/ ٥٢٤) - الشرح الكبير، الدردير (٤/ ١١) - نهاية المطلب (٨/ ٢٥٥)- تخريج الفروع على الأصول ص١٩٣ - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٣٢٧ - نهاية المحتاج (٥/ ٢٦٤) - قواعد ابن رجب ص٢٠٩ - المبدع (٤/ ٤) - التحبير شرح التحرير (٧/ ٣٢٦٣) - شرح المنتهى (٢/ ٥).

(٣) ينظر: البيان، العمراني (٦/ ٢٨٥).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٩/ ٣٣٦).

(٥) ينظر: البدائع (٤/ ١٨١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦) - عقد الجواهر (٢/ ٨٤٤) - الذخيرة (٥/ ٤٢٤) - مواهب الجليل (٥/ ٤٠٩) - المهذب (٢/ ٢٣٨) - - روضة الطالبين (٥/ ١٩٦) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٣) - المبدع (٤/ ٤٢٥) - الإنصاف (٦/ ٤٠) - كشاف القناع (٤/ ٥) - المحلى (٧/ ١١).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - التبصرة (٤/ ٤٩٧٨-٤٩٧٩) - المحلى (٧/ ١١).

ج - أن فقهاء الشافعية نصوا على أن من أوصى لآخر بمنافع داره مدة حياته، فللموصى له أن ينتفع بالسكنى فقط، وليس له أن يؤجر، أو يعير، ولا تورث عنه إذا مات؛ لأن ذلك من قبيل الإباحة لا التمليك، وإذا كان هذا في الوصية التي تغتفر فيها الجهالة فالمنع هنا أولى وأحرى[١].

الفرع الثاني: بيع الحقوق الطبية، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الحق، وبيان أنواعه:

تعريف الحق: عرف الحق في الاصطلاح بعدد من التعريفات أبرزها ما يلي:

التعريف الأول: اختصاص يقرر به الشرع سلطة، أو تكليفاً لله على عباده، أو لشخص على غيره[٢].

التعريف الثاني: اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر؛ تحقيقاً لمصلحة معينة[٣].

والتعريف الأول أقرب التعريفات، وقد رجحه جملة من الفقهاء المعاصرين[٤].

والاختصاص: الانفراد، والاستئثار بالشيء، ويخرج به المباح الذي لا يختص به أحد كالكلأ، ومياه الأنهار.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٦/ ١٨٧) - الأشباه، السيوطي ص٣٢٧ - أسنى المطالب (٣/ ٥٦) - نهاية المحتاج (٦/ ٨٣).

(٢) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص١٩- الملكية، العبادي (١/ ١٢١).

(٣) ينظر: الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، فتحي الدريني ص١٩٣.

(٤) ينظر: الذمة، المكاشفي ص٦٥ - نظرية الحق، الخولي ص٤٩-٥٠ - حق الابتكار الضمور ص٣٤.

يقرر به الشرع: قيد أخرج الاختصاص الذي لا يقره الشرع، كاختصاص الغاصب بالمال المغصوب، والسارق بالمال المسروق.

سلطة: سواءً كانت على شخص، كحق الولاية على النفس، أو على شيء معين كحق الملكية.

تكليفاً: التزام على إنسان، إما مالي كوفاء الدين، وإما لتحقيق غاية معينة كقيام الأجير بعمله.(١)

أقسام الحق:

ينقسم الحق باعتبارات متعددة أبرزها ما يلي:

الاعتبار الأول: باعتبار صاحب الحق، وتنقسم الحقوق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: حق الله تعالى (الحق العام)، ويقصد به: ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، كحرمة الزنا(٢).

القسم الثاني: حق العبد، ويقصد به: ما يتعلق به مصلحة خاصة، كحرمة مال الغير، وبدل المتلفات، وأثمان المبيعات، وغير ذلك من المصالح الدنيوية(٣).

---

(١) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام، الزرقا ص١٩-٢١ - المعاوضة على الحقوق ص١٧٢ - ١٧٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ١٩٥)- التقرير والتحبير (٢/ ١٣٩) - غمز عيون البصائر (٤/ ١٦١).

(٣) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ١٩٥) - شرح التلويح (٢/ ٣١٥) - التقرير والتحبير (٢/ ١٣٩) - غمز عيون البصائر (٤/ ١٦١) - الفروق، القرافي (١/ ٢٥٦) - الموافقات (٢/ ٥٣٩).

القسم الثالث: الحق المشترك، ويقصد به: ما اجتمع فيه الحقان: حق الله، وحق العبد، وحق الله يكون غالباً تارة كعدة المطلقة، وحق العبد يكون غالباً تارة أخرى كحق القصاص[(١)].

الاعتبار الثاني: باعتبار المالية.

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: حق مالي، ويقصد به: الحقوق التي تتعلق بالأموال، ومنافعها، كحق البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، وكحقوق الارتفاق[(٢)]، ونحوها.

القسم الثاني: حق غير مالي، ويقصد به: الحقوق التي تتعلق بغير المال، كحق القصاص، وحق الحرية، وحق الحضانة، وحق الولاية، ونحوها[(٣)].

الاعتبار الثالث: باعتبار تعلق الحق بالشخص.

تنقسم الحقوق باعتبار تعلقها بالأشخاص إلى الأقسام التالية:

القسم الأول: الحق الشخصي، ويقصد به: ما يقره الشرع لشخص

---

(١) ينظر: الموافقات (٢/ ٥٤٠ -٥٤١)- المنثور في القواعد (٢/ ٦٥) - الملكية، العبادي (١/ ١٠٩) - الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٢٨٤٥) - الذمة، المكاشفي ص٧٠ -٧١ - المعاوضة على الحقوق ص١٧٩.

(٢) حقوق الارتفاق: حق متقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مالكهما مختلف، أو لمنفعة شخص بغير إجارة، أو إعارة، أو وقف، أو وصية. ينظر: مرشد الحيران، قدري باشا، م(٣٧) ص٩ - الأموال، محمد موسى ص١٥٨- معجم المصطلحات الاقتصادية ص٤٩ - المعاملات المالية،الدبيان (١/ ٢٠٨) - حق الارتفاق، التويجري ص٤١.

(٣) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٥ - المدخل إلى الفقه الإسلامي، مدكور ص٣٣٤-٣٣٥ -الملكية، العبادي (١/ ١١٤) -المعاوضة على الحقوق ص١٨٠-١٨١.

على آخر، وقد يكون متعلقه القيام بعمل ذي قيمة ومصلحة، كحق البائع في تسليم الثمن، وحق المشتري في تسليم المبيع، وقد يكون امتناعاً عن عمل منافٍ للمصلحة، كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة.

القسم الثاني: الحق العيني، ويقصد به: ما يقره الشرع لشخص على عين مالية معينة، كحق الملكية، وحق احتباس المرهون لاستيفاء الدين.

فمحل الحق الشخصي فعل خارجي، ومحل الحق العيني مال مادي معين، فالحق الشخصي رابطة والتزام يقوم بين طرفين، أما الحق العيني فهو سلطة منصبة على عين معينة[(١)].

وأضاف بعض الفقهاء قسماً ثالثاً وهو الحق المعنوي، ويقصد به: سلطة ترد على شيء غير مادي، سواءً كان نتاجاً ذهنياً، كحقوق التأليف[(٢)]، أم كان ثمرة نشاط يجلب العملاء، كحق الاسم التجاري، أو العلامة التجارية[(٣)]، يترتب عليه احتكار، واستغلال هذا النتاج أو النشاط[(٤)].

---

(١) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ص٢٦ -٢٧ - المدخل إلى الفقه، مدكور ص٤٣٢ - الملكية، العبادي (١/ ١١٤) - الذمة، المكاشفي ص٧٣ - المعاوضة على الحقوق ص١٨١.

(٢) حق التأليف: ما ثبت ووجب للكتب والرسائل المجموعة، بسبب استنباط المؤلف شيئاً جديداً لم يسبق إليه، أو تطوير عمل علمي. ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، شبير ص٥٨ - المعاملات المالية، الكبي ص٣١٦.

(٣) الاسم التجاري والعلامة التجارية: ما يتخذه التاجر لتمييز نشاطه التجاري عن غيره، وقد يكون اسماً فيسمى: الاسم التجاري، وقد يكون رسماً فيسمى: العلامة التجارية. ينظر: المعاملات المالية، شبير ص٧٠ - معجم المصطلحات القانونية، كرم ص٤٣ - الحقوق المعنوية، النشمي ص٢٨٦ - المعاملات المالية، رواس ص١٣١.

(٤) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ص٣١ - الملكية، علي الخفيف ص١٣ -١٤ - الذمة =

الاعتبار الرابع: باعتبار تقرر الحق في محله.

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: الحق المجرد، ويقصد به: الحق الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه، صلحاً أو إبراء، بل يبقى محل الحق عند المكلف بعد التنازل كما كان قبل التنازل، مثل: حق الدين، وحق الشفعة.

القسم الثاني: الحق غير المجرد، ويقصد به: الحق الذي يترك أثراً بالتنازل عنه، كحق القصاص(١).

وهناك تقسيمات أخرى للحقوق(٢).

المسألة الثانية: صور بيع الحقوق الطبية:

الحقوق الطبية كغيرها من الحقوق لها صور متعددة، منها: بيع حق الاسم التجاري، أو العلامة التجارية، وبيع حق التأليف، وبيع حق الابتكار وبراءة الاختراع، وغيرها، ولكن لما كان بيع حق الاسم التجاري، أو العلامة التجارية، أو التأليف لا يكون المريض غالباً طرفاً فيه، بينما حق الابتكار والاختراع قد يكون المريض طرفاً فيه في العقد الطبي، كالدواء الذي يبتكره الطبيب، لذا سيكون الحديث هنا عنه.

وسينتظم الكلام فيما يلي:

أولاً: معنى حق الابتكار: يقصد به: ما يثبت للمخترع شرعاً، من

= والحق١ والالتزام، المكاشفي ص٧٣ - المعاملات المالية المعاصرة، شبير ص٥٥ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ١٦٨-١٦٩).

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٢٨٥٢) - المعاوضة على الحقوق ص١٨٢.

(٢) هناك تقسيمات أخرى للحق، كتقسيمه إلى حق أصلي وتبعي، وحق موروث وغير موروث، وحق تام ومخفف، وحق دياني وقضائي، وغيرها. ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ص٣٠ - الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٢٨٥٣) - نظرية الحق، الخولي ص٦٤-٦٥ - المعاوضة على الحقوق ص١٨٢ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ١٦٢).

سلطة على ما اخترعه، تمكنه من الاحتفاظ بنسبته إليه، والاستئثار بالمنفعة المالية التي يمكن استغلالها منه(١).

ثانياً: طريقة المعاوضة في حق الابتكار الطبي:

إذا كان الابتكار دواءً أو جهازاً طبياً فإن حق الطبيب يكيف في المعاوضة بإحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: اعتبار شركات الأدوية مشترية لحق الابتكار، وتقوم هي بدورها ببيعه على الناس، وفق عقد بيع، يتضمن رفع الطبيب المبتكر يده عن حقه في هذا الدواء كلياً، أو جزئياً.

الطريقة الثانية: اعتبار المستهلكين، وهم المرضى المشترون من الطبيب، ويستحق الطبيب الثمن على أنه هو صاحب الحق، وقد تستحق شركات الأدوية شيئاً من العوض عند توسطها في البيع(٢).

والمراد هنا عندما يكون الطبيب أحد طرفي العقد، والطرف الآخر المريض.

المسألة الثالثة: حكم بيع الحقوق الطبية:

أولاً: الحقوق بالنسبة إلى قبولها للمعاوضة أقسام:

القسم الأول: حقوق لا تقبل المعاوضة ولا المصالحة، وهي التي أثبتها الشارع لأصحابها دفعاً للضرر عنهم، كحق الشفعة، وحق الحضانة، فهذه الحقوق لا يجوز الاعتياض عنها، لا عن طريق البيع، ولا عن طريق الصلح؛ لأنها إنما ثبتت لدفع الضرر.

---

(١) ينظر: حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، حسين معلوي ص٧٦.

(٢) ينظر: الحقوق المعنوية، البوطي (٣/ ٢٤٠٤) - بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي العثماني ص١١٥.

القسم الثاني: حقوق لا تقبل المعاوضة، وتقبل المصالحة، وهي التي أثبتها الشارع لأصحابها أصالة، لا على وجه دفع الضرر، كحق القصاص، فهذه الحقوق تجوز المعاوضة عليها على سبيل الصلح، ولأصحابها فقط؛ لأن هذه الحقوق ثبتت في الشرع لشخص مخصوص بصفة مخصوصة.

القسم الثالث: حقوق تقبل المعاوضة، والمصالحة، وهي الحقوق التي ثبتت لأصحابها بحكم العرف والعادة، كحقوق الارتفاق ومنها: حق المرور(١)، وحق المسيل(٢)، وغيرها(٣).

وهذه الحقوق قد وقع الاختلاف في بيعها، والقول في ذلك على النحو التالي:

أولاً: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز بيع حق الشرب تبعاً للأرض؛ لأن البيع وقع في الأصل على غير الشرب، فليس الشرب مقصوداً في العقد، بل هو تابع لغيره، ويصح ضمناً ما لا يصح قصداً، وعملاً بالعرف الجاري في ذلك(٤).

---

(١) حق المرور: حق الاجتياز في ملك الغير. ينظر: مجلة الأحكام العدلية م(١٤٢) ص١٠٤- الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص١٠١ - أحكام المعاملات الشرعية ص٧٣ - حق الارتفاق ص٦٩ - معجم لغة الفقهاء ص١٦١

(٢) حق المسيل: حق تمرير الماء في عقار الغير، بأن تكون الأرض لها مجرى ماء في أرض أخرى. ينظر: مجلة الأحكام العدلية، م(١٤٤) ص١٠٤ - أحكام المعاملات الشرعية ص٧٣ - حق الارتفاق ص٦٦.

(٣) ينظر في هذا التقسيم: المعاوضة على الحقوق ص١٩٨-٢٠١.

(٤) ينظر: الاختيار (٢/ ٢٥) - تبيين الحقائق (٤/ ٥١) - العناية (٦/ ٤٢٨) - حاشية ابن عابدين (٢/ ٣٨٥) - المدونة (٤/ ٤٧٠) - الذخيرة (٦/ ١٦٨) - شرح ميارة (٢/ ٦٨، ٦٦) - البهجة (٢/ ١٧٩) - نهاية المطلب (٥/ ٥٠٢) - فتح العزيز (٦/ ٢٤٣) - روضة الطالبين (٥/ ٣١٢) - مغني المحتاج (٢/ ٣٧٦) - المغني (٤/ ٣٧٢) - الإنصاف (٥/ ٢٥٠) - كشاف القناع (٣/ ٤٠٣) - مطالب أولي النهى (٣/ ٣٥٠).

ثانياً: بيع هذه الحقوق منفردة، وقد اختلف العلماء في بيعها منفردة على قولين:

القول الأول: أن حقوق الارتفاق لا يجوز بيعها منفردة، وهذا مذهب الحنفية(١)، وقول للشافعية في حقي الشرب والمجرى(٢)، ومذهب الحنابلة في هذين الحقين(٣)، وقول ابن حزم في حقي الشرب والتعلي(٤).

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: من السنة: وقد استدل بذلك فقهاء الحنابلة والشافعية وابن حزم، ومن أدلتهم:

الدليل الأول: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء)(٥).

الدليل الثاني: عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي ﷺ قال: غزوت مع النبي ﷺ ثلاثاً أسمعه يقول: (المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلإ، والماء، والنار)(٦).

---

(١) ينظر: البدائع (٦/ ١٨٩) - الاختيار (٢/ ٢٥) - العناية (٦/ ٤٢٨) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٧٨ - ٨٠).

(٢) ينظر: نهاية المطلب(٥/ ٥٠٢) - فتح العزيز (٦/ ٢٤٣) - روضة الطالبين (٥/ ٣١٢) - مغني المحتاج(٢/ ٣٧٦).

(٣) ينظر: المغني (٤/ ٦١) - المبدع (٤/ ٢١) - الإنصاف (٥/ ٢٥٠) - كشاف القناع (٣/ ١٦٠).

(٤) ينظر: المحلى (٧/ ٤٨٨، ٥٠٦).

(٥) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء برقم (١٥٦٥) (٣/ ١١٩٧).

(٦) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٢٣٠٨٢)، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في منع الماء برقم (٣٤٧٧)، وابن ماجة في أبواب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث برقم (٢٤٧٢)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٢١٧٧)، وفي السند راوي لم يسم، وصححه =

وجه الدلالة: أن الماء لا يملك، وأنه يجب بذله، ويحرم بيعه، وأن الناس شركاء في جميع أنواع الماء من غير فرق بين المحرز وغيره، ومن لازم الملك الاختصاص وعدم الاشتراك[(١)].

ونوقش: بأن المراد هنا اشتراكهم في المياه الجارية في الأودية والأنهار العظيمة، فإن الانتفاع بها يكون لعموم الناس، يستوي في ذلك مسلمهم وكافرهم[(٢)]، ثم هذا الاستدلال معارض بالإجماع المحكي على أن من أخذ ماءً من نهر أو بحر وحازه دون الناس أنه قد ملكه، وأن له بيعه[(٣)].

الدليل الثالث: أن حق المجرى من المرافق التي يجب بذلها مجاناً إذا لم يكن على صاحبها ضرر في ذلك[(٤)]، وقد ورد أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم بذلك[(٥)].

= الألباني، وقال: " السند صحيح، ولا يضره أن صاحبه لم يسم ؛ لأن الصحابة كلهم عدول ". ينظر: مسند أحمد (٣٨/ ١٧٤) - سنن أبي داود (٥/ ٣٤٤) - سنن ابن ماجة (٣/ ٥٢٨) - سنن البيهقي (٦/ ١٥) - بيان الوهم والإيهام (٥/ ٤٢٢) - التلخيص الحبير (٣/ ١٥٤) - إرواء الغليل (٦/ ٨).

(١) ينظر: شرح النووي على مسلم (١٠/ ٢٢٩) - نيل الأوطار (٥/ ٣٦٥).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٣/ ٢٩١) - العناية (١٠/ ٧٩) - المفهم، القرطبي (٤/ ٤٤١).

(٣) ينظر: المعلم (٢/ ٢٨٨) – إكمال المعلم (٥/ ٢٣٧) - المفهم (٤/ ٤٤١).

(٤) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٢١-٢٢٢) – مجموع الفتاوى (٣٠/ ١٦-١٧) - كشاف القناع (٣/ ٤٠١).

(٥) وذلك في الأثر الوارد عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، ، فقال له الضحاك: لم تمنعني، وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً، ولا يضرك، فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا ، فقال عمر: " لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تسقي به أولاً وآخراً، وهو لا يضرك، فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به، ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك ". أخرجه مالك في الموطأ، في كتاب القضاء، باب القضاء في المرفق =

ثانياً: من المعقول:

واستدل بذلك فقهاء الحنفية فقالوا: حقوق المبيع ليست بمال، والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء، وهذه الحقوق مجهولة في نفسها؛ فكمية الماء المارة لا تُعْرَف، وتختلف قلة وكثرة، ولا يقدر على تسليمها؛ لأن الماء قد ينقطع جريانه، والهواء لا يستقر، ولا يمكن ضبطه، وإمساكه، فهو بيع غرر وجهالة(١).

ونوقش: بأنَّ حق الشرب يمكن حيازته، وتملكه، وهو مال حقيقة، والبيع ليس لمادة الهواء، إنما هو لسطح البناء من أجل الانتفاع به، والبناء عليه، وهو مال يمكن الانتفاع به، واستغلاله، والجهالة المذكورة جهالة يسيرة ومغتفرة فلا تكون مؤثرة(٢).

قال النووي: " ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر؛ لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جُوِّز للحاجة "(٣)

القول الثاني: أنه يجوز بيع حقوق الارتفاق، وهذا أحد قولي الحنفية في حقي الشرب، والمرور(٤)، وهو قول المالكية في بيع الحقوق كلها(٥)،

= برقم (٢٧٦٠)، وصحح ابن حجر إسناده في الفتح. ينظر: الموطأ (٤/ ١٠٧٩) - فتح الباري (٥/ ١١١).

(١) ينظر: المبسوط (١٤/ ٢٤٦) - البدائع (٦/ ١٨٩) - تبيين الحقائق (٤/ ٥١) - حاشية ابن عابدين (٢/ ٣٨٥).

(٢) ينظر: حق الارتفاق ص١١٤- المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/ ٢٣٦).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٢٢١).

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٤٧) - تبيين الحقائق (٤/ ٥١) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ١٧٣) - البحر الرائق (٥/ ٢٩٦).

(٥) ينظر: المدونة (٤/ ٢٦٦) - الاستذكار (٧/ ١٩٣) - الذخيرة (٦/ ١٦٨) - مواهب الجليل (٤/ ٢٧٥).

وأحد قولي الشافعية(١)، والحنابلة في حقي الشرب، والمجرى، وقولهم في سائر الحقوق الأخرى(٢).

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النِّسَاء: ٢٩].

الدليل الثاني: ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال: (فإن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، ليبلغ الشاهد الغائب)(٣).

وجه الدلالة من الدليلين: أن الآية والحديث تضمنا النهي عن أكل مال الناس بالباطل، والحقوق أموال يعاوض عنها، والقول بعدم بيعها يفضي إلى أكلها بالباطل، وذلك محرم، مما يقتضي جواز بيعها(٤).

الدليل الثالث: أن حاجة الناس إلى بيع حقوق الارتفاق قائمة، وقد جرى عمل الناس على بيعها قديماً وحديثاً(٥).

الدليل الرابع: أن الحقوق أموال تملك، ومنفعتها معلومة، ولها

---

(١) ينظر: فتح العزيز(١٠/ ٣٢٧) - روضة الطالبين (٤/ ٢١٠) - كفاية النبيه (١٨/ ٤٧١) - مغني المحتاج (٣/ ١٨٥).

(٢) ينظر: المغني (٤/ ٦١) - المبدع (٤/ ٢٩٣) - الإنصاف (٥/ ٢٤٨-٢٥١) - كشاف القناع (٣/ ٤٠١).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ " رب مبلغ أوعى من سامع " برقم (٦٧)، ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال برقم (١٦٧٩). ينظر: صحيح البخاري (١/ ٢٤) - صحيح مسلم (٣/ ١٣٠٦).

(٤) ينظر: المعاملات المالية، الديبان (١/ ٢٢٩).

(٥) ينظر: المغني (٤/ ٣٧٠) - نهاية المطلب (٥/ ٥٠٢) - أسنى المطالب (٢/ ٢٢٢).

قيمة معتبرة في عرف الناس، لذلك فالمعاوضة عليها صحيحة، ويجوز التصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرف[١].

الترجيح: الذي يترجح هو القول الثاني، المتضمن جواز المعاوضة على حقوق الارتفاق، ويترجح لي القول بجواز ذلك مطلقاً في كافة الحقوق، سواءً حق الشرب، أو المجرى، أو المسيل، أو المرور، أو التعلي؛ لأن حاجة الناس تقتضي ذلك، ولأن الحقوق لها قيمة مالية، وقد أصبحت في عرف الناس محلاً للتعامل

وقد قال ابن تيمية رحمه الله: " حقوق الآدميين تقبل من المعاوضة والبدل ما لا يقبلها حقوق الله تعالى، ولا تمنع المعاوضة في حق الآدمي إلَّا أن يكون في ذلك ظلم لغيره، أو يكون في ذلك حق لله "[٢].

تأسيساً على ما سبق فإن حق الابتكار يعتبر من الحقوق المعنوية، وقد وقع خلاف بين الفقهاء المعاصرين في مالية حق الابتكار، والمعاوضة عليه، والخلاف بينهم على النحو التالي:

أولاً: تحرير محل الخلاف:

أ - لا يختلف الفقهاء المعاصرون في أن الملكية الذهنية المولدة للصور الفكرية المبتكرة، والتي تمثل الصفة العلمية، أو القدرة الذهنية لا توصف بالمالية؛ لأنها صفات غير محسوسة قائمة بالذات الإنسانية[٣].

ب - لا يختلف الفقهاء المعاصرون في أن الأشياء الحسية العينية، أو

(١) ينظر: المعاوضة على الحقوق ص٢٠٦.

(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٣٢).

(٣) ينظر: حق الابتكار، فتحي الدريني ص١٣٣ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٣٦.

الشكل المادي الذي تتجسد فيه الصورة الفكرية المبتكرة، والذي يظهر في مواد مرئية، أو مسموعة، على شكل كتاب، أو شريط، أو آلة، أو دواء يوصف بالمالية؛ لانطوائه على قيمة مالية معتبرة[(١)].

ج - وقع الخلاف بين الفقهاء المعاصرين في الصور الفكرية المجردة بعد تصورها، والتعبير عنها، وإبداعها، أو إخراجها في عين مادية هل هي محل للمالية والمعاوضة، وخلافهم في ذلك على قولين:

القول الأول: أن حق الابتكار ليس حقاً مالياً، فلا يجوز الاعتياض عنه، ولا التصرف فيه، وبه قال بعض الفقهاء المعاصرين[(٢)]، وقيد بعضهم عدم جواز الاعتياض عنه بعد نشره، لا قبله[(٣)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن حق الابتكار من الحقوق المجردة، والحقوق المجردة ليست بمال فلا يجوز الاعتياض عنها[(٤)]

ونوقش هذا الدليل من الوجهين التاليين :

الوجه الأول: أنه لا يُسَلَّم أن هذا الحق من قبيل الحقوق

---

(١) ينظر: حق الابتكار ، الدريني ص١٣٣- حقوق الاختراع والتأليف ص٢٣٦.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (٥) (٣/ ٢٥٣٤) - فقه النوازل، بكر أبو زيد (٢/ ١٢٢-١٢٦) - حق الابتكار، الدريني ص١٨٦ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٤١ - المعاملات المالية، الدبيان (٢/ ١٨٧) - حق الابتكار الضمور ص٦٠ - الحقوق المعنوية، أبو العزم ص٣٢٨ - حق التأليف، الجميلي ص٢.

(٣) ينظر: الملكية الفكرية، عدنان الصمادي ص٢٢-٢٣.

(٤) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٢٣) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٥٣ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ١٩١)

المجردة، بل هو حق عيني أصلي متقرر، فهو حق يثبت لصاحبه أصالة، ويصح له التنازل عنه وإسقاطه.

الوجه الثاني: أنه لو سُلِّم بأنَّ هذه الحقوق من الحقوق المجردة فإنه لا يُسَلَّم أنها لا توصف بالمالية؛ لما تتطلبه من جهد فكري، ووقت زمني، ولجريان العرف على اعتبارها، وجواز الاستعاضة عنها(١).

الدليل الثاني: أن حقوق الابتكار ونحوها مادتها العلم، والعلم من الأمور المباحة، ولا يجوز منع أحد عن التصرف في الأمور المباحة، فمن اشترى مبتكراً جاز له بحكم تملكه له التصرف فيه، والقول بمالية الحقوق وجواز المعاوضة عليها يقتضي منع الآخرين من التصرف فيها(٢).

ونوقش هذا الدليل من الوجهين التاليين:

الوجه الأول: أن المباح قد ينتقل من حالة الإباحة إلى حالة التملك، وبعد أن يصبح مملوكاً لا يحل لأحد الاعتداء عليه، وهذه الحقوق بالسبق إليها وحيازتها وبذل الجهد في إخراجها تصبح من الحقوق الخاصة(٣).

الوجه الثاني: أن هناك فرق بين تمليك الانتفاع وبين ملك المنفعة، فمن اشترى مُبْتَكراً فقد ملك الانتفاع به فقط بمقدار محدد، ولا يحق له التصرف إلا في حدود ذلك المقدار(٤).

---

(١) ينظر: حق الابتكار، الدريني ص٤٠ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٥٤ -٢٥٥.

(٢) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٢٦) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٥٦ - حق الابتكار، الضمور ص٦١ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ١٩٦) - الملكية الفكرية، الصمادي ص٧.

(٣) ينظر: حقوق الاختراع والتأليف ص٢٦٧ - حق الابتكار، الضمور ص٨٧.

(٤) ينظر: الحقوق المعنوية، البوطي (٣/ ٢٤٠٥-٢٤٠٦) - بحوث في قضايا فقهية، العثماني (١/ ١١٧-١١٨) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٥٦-٢٥٧ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ١٩٦-١٩٧).

الدليل الثالث: أن حق الابتكار قد يرد على بعض العلوم الشرعية، والعلوم الشرعية من القرب والعبادات التي لا تصح المعاوضة عليها، والتي حقها أن تبذل للناس، ولا يُضَنُّ بها على من يحتاجها، والضن بها مفض إلى كتمان العلم الذي ورد النهي عنه[(١)].

ونوقش هذا الدليل من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن كون العلم من القرب والطاعات لا نزاع فيه، وهو خاص بالعلم الشرعي، ولا ينافي استحقاق الأجر الدنيوي، كما أنه لا يتنافى مع مالية الأشياء والأعمال، فإن المعنى الديني موجود في الأعمال الدنيوية إذا حسن القصد، سواءً كان العمل مادياً، أو فكرياً، وقد جاز أخذ الرزق على الإمامة العظمى، والصغرى، وولاية القضاء، وتعليم العلم، وغيرها، فما دونها من باب أولى، فمن أخذ عوضاً عن حقه المعنوي لقصد التعفف والتقوت، مع حسن مقصده، ورغبته في نفع المسلمين فذلك جائز غير ممنوع[(٢)]، خاصة ما يتعلق بعلم الطب فإن أخذ العوض على تعليمه وعمله جائز.

الوجه الثاني: أن النهي ورد عن كتم العلم، لا أخذ المعاوضة عليه، وفرق بين كتمه وبذله بعوض[(٣)]، ثم إن كتم العلم الوارد في الحديث قد اختلف العلماء في توجيهه[(٤)].

---

(١) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٨٢) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٥٨، ٢٦٢ - حق الابتكار، الضمور ص٦٠ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ١٩٤-١٩٦).

(٢) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٨٢- ١٨٣) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٥٨-٢٦٢ - حق الابتكار، الضمور ص٧١ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ١٩٤-١٩٦).

(٣) ينظر: حق الابتكار، الدريني ص١٠٠- حقوق الاختراع والتأليف ص٢٦٣ - حق الابتكار، الضمور ص٧١

(٤) من العلماء من حمل النهي الوارد في كتم العلم على كتم العلم المتعين على الشخص، ومنهم =

الدليل الرابع: أن في بذل حقوق الابتكار، والتصنيف، ونشرها، وانتفاع الناس بها تحقيق لمقاصد شرعية تتمثل في نشر العلم، وخفض الأسعار، والاحتفاظ بهذه الحقوق، واحتكارها يفوت تلك المصالح(١).

ونوقش هذا الدليل: بأن حفظ الحقوق وتشجيع المبتكرين محفز للإبداع والإنتاج، ومنع المبتكر من حقه يؤدي إلى فتور همته، وتقاعسه، وينتج عن ذلك ركود للحركة العلمية(٢).

القول الثاني: أن حق الابتكار حق مالي، يجوز الاعتياض عنه، والتصرف فيه، وعلى هذا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي(٣)، وبه قال جمهور الفقهاء المعاصرين(٤).

= من حمله على حبس الكتب لمن طلبها للانتفاع بها، ومنهم من حمله على ترك التصنيف لمن كان متأهلاً لذلك، ومنهم من حمله على كل من لم يكن له غرض صحيح في كتمه. ينظر: مرقاة المفاتيح (١/ ٣٠٤) - معالم السنن (٤/ ١٨٥) - شرح السنة (١/ ٣٠٢) - المنثور في القواعد (٣/ ٣٥) - الآداب الشرعية (٢/ ١٤٧).

(١) ينظر: حق الابتكار، الدريني ص ١٦٢-١٦٣ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٦٦

(٢) ينظر: حق الابتكار، الدريني ص١٦٣ - حق الابتكار، الضمور ص٦٢.

(٣) ينظر: القرار رقم (٤٣)، منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (٥) (٣/ ٢٥٨١).

(٤) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ص٣١ - المدخل للفقه، مدكور ص٤٣٢ - الملكية، الخفيف ص١٤ - فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٨٣) - بحوث في قضايا فقهية معاصرة (١/ ١١٧) - الحقوق المعنوية، البوطي، مجلة المجمع (٥/ ٢٤٠٥) - بيع الاسم التجاري، الزحيلي، مجلة المجمع (٥) (٥/ ٢٣٩٣) - الحقوق المعنوية، النشمي ص ٣١٤ - حق الابتكار، الدريني ص١٠٩ - المعاملات المالية، شبير ص ٦٩ - المعاملات المالية، رواس ص٧٥ - الملكية، العبادي (١/ ١٩٨) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٧٠- دراسة شرعية لأهم العقود المالية، الشنقيطي (٢/ ٧٤٣) - المعاملات المالية، الدبيان (٢/ ٢٠١-٢٠٤) - مسائل فقهية معاصرة، السند ص ١٣٠.

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: من الكتاب والسنة:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍۖ﴾ [القصص: ٢٧].

الدليل الثاني: حديث سهل بن سعد رضي الله عنه، وفيه أن النبي ﷺ قال للرجل: (قد زوجناكها بما معك من القرآن)(١).

وجه الدلالة: أن ما يبذل في البضع مال، وقد بذلت المنافع فيه، وحق الابتكار منفعة من المنافع، وبذلك فهو مال، تصح المعاوضة عليه، خاصة مع ما يتطلبه من جهد ذهني، وعمل بدني(٢).

الدليل الثالث: حديث ابن عباس رضي الله عنهما وفيه (إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله)(٣)

ففيه جواز أخذ العوض على القرآن، والسنة مثله، وإذا جاز ذلك في الوحيين جاز فيما تفرع عنهما من الاستنباط، والفهوم، وتقعيد القواعد، وتأصيل العلوم(٤).

الدليل الرابع: عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال: قيل: يا رسول الله، أيُّ الكسب أطيب؟ قال: (عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور)(٥).

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص١٠١.

(٢) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧١) - حق الابتكار، الدريني ص١٣٤ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٤٣.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٥.

(٤) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧١) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٤٣.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص٣٣١.

وجه الدلالة: أن الكسب يشمل سائر المباحات، وحق الابتكار مندرج في ذلك من باب أولى؛ لما يبذل فيه من جهد ذهني، وعمل بدني، ولما يشتمل عليه من المنافع المتعدية(١).

الدليل الخامس: عن أسمر بن مضرس قال: أتيت النبي - ﷺ - فبايعته، فقال: (من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له)(٢).

وجه الدلالة: أن من سبق إلى ابتكار شيء جديد، مادياً كان أو معنوياً فهو أحق به، وله حق الانتفاع به، والاعتياض عنه؛ لأنه نتاج فكره وقلمه، وسبقه إليه يمنحه حق الاختصاص به(٣).

الدليل السادس: عن أبي هريرة ضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له)(٤).

وجه الدلالة: أن العلم من عمل الإنسان، وعمل الإنسان له قيمة مالية، وهو مما ينتفع به في حياة صاحبه، وبعد وفاته(٥).

---

(١) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧٢) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٤٤ - حق الابتكار، الضمور ص٦٥.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب ما جاء في إقطاع الأرضين برقم (٣٠٧١)، والطبراني في الكبير برقم (٨١٤)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٢١٢٢)، وحسنه ابن حجر في الإصابة، وضعفه الألباني في الإرواء. ينظر: سنن أبي داود (٤/ ٦٧٩) - المعجم الكبير (١/ ٢٨٠) - السنن الكبرى (٦/ ١٤٢) - الإصابة (١/ ٦٧) - التلخيص الحبير (٣/ ١٥٠) - إرواء الغليل (٦/ ٩).

(٣) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧٠) - بحوث في قضايا فقهية معاصرة (١/ ١١٥-١١٦) - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٤٨-٢٤٩ - حق الابتكار، الضمور ص٦٥.

(٤) الحديث أخرجه مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته برقم (١٦٣١) (٣/ ١٢٥٥).

(٥) ينظر: حق الابتكار، الدريني ص١٤ -حق الابتكار، الضمور ص٦٥ - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/ ١٩٨)

ثانياً: من المعقول، والمصالح، والعرف:

وذلك من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن الأصل في الأشياء الإباحة، ما لم يرد دليل يمنع ذلك، ولا يوجد الدليل المانع(١).

الوجه الثاني: أن الإنتاج المادي مال فيقاس عليه الإنتاج المعنوي المتمثل في هذه الحقوق؛ لأنها كلها ثمرة جهد الإنسان، وهي حقوق عينية أصلية متقررة، مستحقة بحكم التكوين والجبلة، وما تولد عنها كالشأن في عامة حقوق المرء، في تصرفاته التكوينية، والجبلية(٢).

الوجه الثالث: أن حق الابتكار ونحوه منافع مباحة، والمنافع تعد أموالاً، وماليتها تقتضي كونها محلاً للملك، فيصح العقد عليها، والمعاوضة عنها، وتنسب إلى من أنتجها، وله حق التصرف فيها(٣).

الوجه الرابع: أن الإنتاج الذهني هو أصل للوسائل المادية، فالاختراع هو أصل الآلات والأجهزة، والوسائل الحديثة، والتأليف هو أصل الكتب والأشرطة وبرامج الحاسب، وإذا كانت تلك الوسائل لها صفة المالية مع كونها تطبيقاً لأصولها من الاختراع والتأليف، فاعتبار مالية أصولها أولى وأحرى(٤).

---

(١) ينظر: حق الابتكار، الضمور ص٦٩ - المعاملات المالية المعاصرة (١/ ١٩٨- ١٩٩).

(٢) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧٠)- حقوق الاختراع والتأليف ص٢٤٢ - المعاملات المالية، رواس ص١٣٠.

(٣) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧٤) - حق الابتكار، الدريني ص١٤، ١٤٩- المعاملات المالية، شبير ص٦٢ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٤٦ - المعاملات المالية، الدبيان (١/ ٢٠١) - حق الابتكار، الضمور ص٦٦.

(٤) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧٣) - المعاملات المالية، شبير ص٦٤ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٤٨.

الوجه الخامس: أن القول بمالية حق الابتكار، وقابليته للتداول يحقق مصلحة عامة تتمثل في تشجيع الباحثين والمحققين، ورواج سوق العلم ونشره، وشحذ الهمم للابتكار والتصنيف، ومنع ذلك يؤدي إلى ركود الحركة العلمية، وضعف الابتكار، وانقطاع العلماء عن البحث، والتأليف، والاختراع(١).

الوجه السادس: أنَّ العرف دل على مالية الحقوق، وجواز الاعتياض عنها، فإن الناس لم يزالوا قديماً وحديثاً يجرون على التأليف سائر أنواع التصرفات من بيع، ورهن، ووقف، وغيرها، وتعارفوا على أن المصنفات العلمية، والمبتكرات الفكرية ملكاً لأصحابها، وأن لهم أن يخرجوها إلى الناس للانتفاع بها بعوض، أو بغير عوض(٢).

الترجيح: يترجح القول الثاني الذي يقضي بأن حق الابتكار من الحقوق الشرعية المعتبرة، والمصونة، وأنه حق مالي، ومحل للملك، والمعاوضة، وذلك لقوة أدلته، وموافقته لعرف الناس، وتعاملاتهم، وما تضمنه من مصلحة، ولأن القول بالمنع يفضي إلى لحوق المشقة، وضعف الإقبال على الابتكار والإبداع.

وبناءً على ما تقدم فإن الطبيب له حق الاحتفاظ بابتكاره الطبي، وله حق المعاوضة عليه، والتصرف فيه، ومتى كان المريض طرفاً في هذا العقد، فإن العقد الذي يجري بينهما يكيف على أنه عقد بيع.

---

(١) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ص٣١ - فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧٣، ١٨١) - حق الابتكار، الدريني ص٦٥ - المعاملات المالية المعاصرة، رواس ص١٣١ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٥١-٢٥٣.

(٢) ينظر: فقه النوازل، أبو زيد (٢/ ١٧٠، ١٧٣) - بحوث في قضايا فقهية (١/ ١١٧) - المعاملات المالية المعاصرة، شبير ص٦٣ - حقوق الاختراع والتأليف ص٢٥٠ -٢٥١ - حق الابتكار، الضمور ص٦٧-٦٨.

الفرع الثالث: بيع الأدوية الطبية:

العقد الطبي بين المريض والطبيب قد يأتي في صورة بيع الأدوية الطبية للمريض، سواءً كان ذلك مجتمعاً مع غيره من العقود، أم منفرداً عنه، فقد يجتمع شراء الدواء من عند الطبيب مع الإجارة، أو مع الجعالة، وقد ينفرد عنها، وذلك عندما يذهب المريض إلى الطبيب فيشتري منه الدواء، ولا يطلب منه فحصاً ولا تشخيصاً، وإنما غرضه شراء الدواء من عنده، وهذا مما نص عليه الفقهاء(١).

وبيع الأدوية الطبية وإن كان متصوراً، وربما يكون موجوداً إلّا أن المنظم السعودي حظر على الطبيب بيع الأدوية، حيث جاء في المادة الرابعة عشر من نظام مزاولة المهن الصحية ولائحته التنفيذية ما نصه: "يحظر على الممارس الصحي ما يأتي:..... ٣- بيع الأدوية للمرضى باستثناء بيعها في المنشآت الصيدلية، أو بيع العينات الطبية بصفة مطلقة"(٢).

وجاء في اللائحة التنفيذية للمادة الرابعة عشر: " يجوز للممارس الصحي الاحتفاظ في مقر عمله بالعينات الدوائية غير المستخدمة للبيع، والأدوية الإسعافية لصرفها بدون مقابل في حالات الضرورة "(٣).

الفرع الرابع: استصناع التركيبات الطبية:

ذكرت الاستصناع هنا كصورة من صور التعاقد الطبي الملحقة بعقد البيع؛ لقربه منه، ولشبهه به، ولأن الاستصناع في حقيقته بيع(٤).

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٦٩) - حاشية ابن عابدين (٦/ ١٤٧) - النوادر (٧/ ٣٠) - الذخيرة (٥/ ٤٢٣).

(٢) ينظر: المادة رقم (١٤) من نظام مزاولة المهن الصحية ص٢٧.

(٣) ينظر: الفقرة (٢) من اللائحة التنفيذية للمادة (١٤) ص٢٧.

(٤) اختلف الفقهاء في الاستصناع هل هو وعد، أم عقد، فمن فقهاء الحنفية من قال: أنه وعد، =

والاستصناع هو: طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص[(١)].

= لا عقد، واستدلوا: بأن الصانع يملك الخيار فيه بين القيام بالعمل وتركه، والمستصنع له الحق في عدم قبول ما يأتي به الصانع، وله الرجوع قبل تمام الصنعة، وهذا لا يكون في العقود الملزمة، وجمهور فقهاء الحنفية يرون أن الاستصناع عقد، لا وعد، واستدلوا: بأن الاستصناع تترتب عليه أحكام العقود من: تملك الأجرة بالقبض، والتحاكم فيه إلى الحاكم، وثبوت الخيار فيه، والقول بأنه عقد يدفع الضرر عن الصناع، وعن إفساد أمتعتهم وآلاتهم، ثم الذين قالوا بأنه عقد اختلفوا في إلحاقه بأي أنواع العقود، فجمهور فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة اعتبروا الاستصناع ضرب من ضروب السلم، بجامع أنهما بيع لشيء معدوم، وأنهما جوزا لمسيس الحاجة، وأنهما لابد من ضبطهما بالصفة النافية للجهالة، ونوقش: بأن هناك فرق بين الاستصناع والسلم من وجوه منها: أن السلم يشترط وجود الأجل فيه، بخلاف الاستصناع، والسلم لا يشترط فيه الصنع بخلاف الاستصناع، والسلم يكون في المثليات فقط، بخلاف الاستصناع فهو يكون في المثلي والقيمي، والسلم يشترط فيه قبض رأس المال كله في مجلس العقد، بخلاف الاستصناع، والسلم عقد لازم، بخلاف الاستصناع ففيه خلاف، وذهب بعض الفقهاء إلى إلحاق الاستصناع بعقد الإجارة؛ بجامع أن كلّاً من الإجارة والاستصناع يتطلبان العمل، ونوقش: بأن بينهما فرقاً من حيث: إن الاستصناع فيه تقديم مادة وعمل، بخلاف الإجارة فهي تتضمن تقديم العمل فقط، وذهب بعض الفقهاء إلى أن الاستصناع بيع، حيث يتضمن تمليك العين المصنوعة، وهذه حقيقة البيع إلَّا أنه اختص ببعض الخصائص عن البيع منها: إثبات خيار الرؤية فيه، واشتراط العمل على الصانع، وعدم وجوب تعجيل الثمن، وهذا هو القول الراجح: أن الاستصناع ضرب من ضروب البيع اختص ببعض الخصائص، كما أن السلم نوع من البيع اختص ببعض الأحكام، وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد الاستصناع، فذهب الحنفية إلى جوازه كعقد مستقل مستدلين بفعل النبي ﷺ، والإجماع العملي عليه من غير نكير، والاستحسان له؛ لقيام الحاجة إليه، وذهب زفر من الحنفية، وجمهور فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى منعه كعقد مستقل، وألحقوه بعقد السلم، فيأخذ حكمه، ويشترط فيه ما يشترط في السلم، وبعض صوره ملحقة بالبيع، أو الإجارة، واعتبروه في صورته المستقلة من بيع الدين بالدين المنهي عنه، والراجح جوازه لجريان العمل به، وللحاجة إليه. ينظر في عرض المسألة والخلاف فيها: المبسوط (٢/ ٢٤٢) - البدائع (٥/ ٢)- العناية (٧/ ١١٤) - البحر الرائق (٦/ ١٨٥) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٤) - الشامل (١/ ٦١٩) - التاج الإكليل (٦/ ٥١٧) - الشرح الكبير، الدردير (٣/ ٢١٧) - فتح العزيز (٤/ ٤٢٢) - روضة الطالبين (٤/ ٢٨)- أسنى المطالب (٢/ ١٣٨) - الفروع (٦/ ١٤٧) - الإنصاف (٤/ ٣٠٠) - كشاف القناع (٣/ ١٦٥) - عقد الاستصناع، البدران، ص٧٨ - ٨٤ - عقد الاستصناع، هوساوي ص٥٨٧ -٥٩٤.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٣).

وقيل: عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص[١].

والمقصود باستصناع التركيبات الطبية: أن يطلب المريض من الطبيب تركيب أسنان له، أو بعض الأطراف المقطوعة، ونحو ذلك.

فهذه التركيبات الطبية تعتبر من قبيل عقد الاستصناع، وقد يتم التعاقد بين الطبيب والمريض عليها بمفردها، وقد يجتمع معها بعض العقود الأخرى.

فالتعاقد عليها بمفردها أن يذهب المريض إلى الطبيب ويطلب منه تركيب سن له أو أكثر، أو بعض الأطراف المقطوعة، فيقوم الطبب بأخذ المقاسات الطبية، وصنع التركيبات، ثم تركيبها، وهذا نوع من أنواع البيع؛ لأن المريض يتملك هذه التركيبة، وتكون لها صفة الاستدامة.

(١) ينظر: عقد الاستصناع، البدران ص٥٦ - عقد الاستصناع، هوساوي ص٥٧٤.

المبحث الرابع

التكييفات الأخرى للعقد الطبي، ومناقشتها

وفيه المطالب التالية:

المطلب الأول: العقد الطبي عقد عمل.

المطلب الثاني: العقد الطبي عقد وكالة.

المطلب الثالث: العقد الطبي عقد مقاولة.

المطلب الرابع: العقد الطبي عقد إذعان.

المطلب الخامس: العقد الطبي عقد غير مسمى.

المطلب الأول
العقد الطبي عقد عمل

ذهب عدد من الباحثين القانونيين إلى أن العقد الطبي عقد عمل[(١)].

وعقد العمل يقصد به: العقد الذي يتعهد فيه العامل أن يقدم عمله لصاحب العمل، وأن يقوم به تحت إشرافه وتوجيهه، نظير أجر يلتزمه صاحب العمل[(٢)].

وقد استند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه إلى ما يلي:

أولاً: وجود علاقة بين الطبيب والمريض، تستلزم التبعية التنظيمية والإدارية، يخضع الطبيب بموجبها للإشراف والرقابة، يلتزم الطبيب فيها بالعمل المناط به من رعاية المريض وعلاجه، ويلتزم فيها المريض بدفع أجرة الطبيب، واتباع نصائحه وإرشاداته، ويظهر ذلك بوضوح في المصحات الخاصة، وأطباء الأثرياء.

ثانياً: وجود أوجه شبه كبيرة بين العقد الطبي، وعقد العمل؛ حيث إن كلّاً منهما من عقود المعاوضة الرضائية، الملزمة للجانبين، والتي تفرض التزامات متقابلة على كلا الطرفين[(٣)].

---

(١) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٤٠ - عقد العلاج، مأمون ص١٠٦ - عقد العلاج، شهيب ص٧١ - العقد الطبي، المبارك ص٩٣ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٥٥ - عقد العلاج، الزامل ص٢٣ - أحكام عقد العلاج، حلبية ص٢٢٨ - العقد الطبي، عشوش ص١٤ - إرادة المريض في العقد الطبي، العبيدي ص٤٩.

(٢) ينظر: معجم القانون، مجمع اللغة العربية بمصر ص١١٦ - معجم المصطلحات القانونية، كرم ص٢٩٣.

(٣) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٤٠ - عقد العلاج، مأمون ص١٠٦ - ١٠٧ - عقد العلاج، =

ولكن هذا التكييف يرد عليه عدد من الإشكالات، والتي من أهمها ما يلي:

أولاً: أن الطبيب يكون مستقلاً في أداء عمله الطبي، فلا يخضع في عمله إلَّا للأصول الفنية لمهنة الطب، وعقد العمل يفترض وجود رابطة تبعية، تستلزم خضوع العامل لرب العمل، وهذا لا يمكن تحققه في العقد الطبي، باعتبار أن الطبيب لا يجب أن يكون تابعاً للمريض يتلقى منه الأوامر والتوجيهات(١).

وأجيب عن هذا الإشكال بما يلي:

أ - أن الطبيب قد تتحقق فيه صورة التبعية بشكل ظاهر، وذلك فيما إذا كان يعمل في مصحة خاصة يكون تحت تصرفها وإدارتها، أو مع شركة يقدم الرعاية والعناية للعاملين بها، وتتولى الإشراف عليه، والمتابعة لعمله، فتطلب منه الحضور في أوقات معينة، وأن يقدم التقارير بصفة منتظمة، وتتولى المصحة أو الشركة أمر ترقيته، أو تأديبه، ومجازاته، وهذه من صور التبعية في هذا العقد(٢).

ب - أنَّ الله سبحانه قد كرم الإنسان، وجعل لجسده وأطرافه حرمة،

= شهيب ص٧١ - ٧٤ - العقد الطبي، المبارك ص٩٣ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٥٥ - ٥٧ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٢٨ - ٢٢٩ - العقد الطبي، عشوش ص١٥ - الطبيعة القانونية للعقد الطبي، بوليل ص٢٤.

(١) ينظر: عقد العلاج الطبي، رشدي ص٤٠ - عقد العلاج، مأمون ص١٠٨- عقد العلاج الطبي، شهيب ص٧٥ - ٧٦ - العقد الطبي، المبارك ص٩٤ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٥٨ - عقد العلاج الطبي، الزامل ص٢٤

(٢) ينظر: عقد العلاج الطبي، السعيد رشدي ص٤٣ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٢٩-٢٣٠ - عقد العلاج الطبي، شهيب ص٧٣ - العقد الطبي، عشوش كريم ص١٥ - عقد العلاج الطبي، الزامل ص٢٤.

يمتنع معها قيام الطبيب بأي عمل طبي، دون أن يكون للمريض إذن فيه، وإذا كان الطبيب يتمتع باستقلاليته في ممارسة أعماله الطبية وفق ما يحقق الغرض المنشود، فإن المريض ينبغي أن يتمتع باستقلاليته في اختيار الزمان، والمكان، والطريقة التي يتم بها علاجه، وجهل المريض أو سوء حالته الصحية لا تمنعان ذلك، وليس في أصول مهنة الطب، وقواعدها المنظمة ما يمنع خضوع الطبيب للرقابة والتوجيه من قبل المريض، أو صاحب العمل[(١)]

ثانياً: أن جملة من العقود تشارك عقد العمل في كونها من عقود المعاوضات، ومن العقود الرضائية، ومن العقود الملزمة، والتي توجب التزامات متقابلة، وأوجه الشبه هذه لا تقتصر على عقد العمل[(٢)].

ثالثاً: أن هناك عدد من الفروق بين العقد الطبي، وعقد العمل، منها:

١ - أن عقد العمل يقوم على الاعتبار الشخصي المتمثل في اختيار العامل، بينما العقد الطبي قد يتحقق فيه ذلك إذا اختار المريض طبيبه، وقد يتعاقد المريض مع المستشفى دون اختيار للطبيب.

٢ - أن عنصر الزمن في عقد العمل عنصر أساسي، حيث إنَّ العامل يستحق العوض مقابل ساعات العمل التي أداها، بينما الطبيب يستحق عوضه مقابل الجهد الذي بذله، سواءً استغرق عمله زمناً طويلاً، أم قصيراً.

---

(١) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٤١ - العقد الطبي، المبارك ص٩٥-٩٨ - ينظر: عقد العلاج، شهيب ص٧٢.

(٢) ينظر: إرادة المريض في العقد الطبي، ص٥١.

٣ - أن عقد العمل عقد معاوضة، فالعوض فيه عنصر أساسي، بينما العقد الطبي قد يتخلف فيه العوض، وذلك عندما يتقدم الطبيب بعلاجه مجاناً دون عوض.

٤ - أن عقد العمل يعتمد على الجهد البدني، والطبيعة المادية، بينما العقد الطبي يعتمد على الجهد الذهني، وينصب على جسم حي هو جسم الإنسان.

٥ - أن عقد العمل من العقود المسماة، والعقد الطبي عقد غير مسمى[١].

رابعاً: أن عقد العمل مصطلح قانوني حادث، ويقابله عند الفقهاء عقد إجارة الأشخاص، ويقترب من أحكام الأجير الخاص بشكل أظهر، وعليه فإن عقد العمل عقد إجارة، لا يخرج عن أحكامها[٢].

---

(١) ينظر: أحكام عقد العلاج، حلبية ص٢٣٠ - عقد العلاج، شهيب ص٧٤.

(٢) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٩٩ - التكييف الفقهي لعقد العمل، جابر وأبو العز، ص٤٨٧ -٤٩١.

المطلب الثاني

العقد الطبي عقد وكالة

ذهب بعض الباحثين القانونيين إلى أن العقد الطبي عقد وكالة(١).

وتطبيقها هنا: أن يُقِيْمَ المريض الطبيب مقام نفسه في علاجه، فالمريض هو (الموكل)، والطبيب هو (الوكيل)، وعلى الطبيب باعتباره (وكيلاً) أن يتصرف لصالح موكله(٢).

وقد استند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه إلى ما يلي:

أولاً: أن العقد الطبي من المهن الحرة، والتي لا ينبغي أن تُقَوَّم بالمال؛ لكونه عمل عقلي ذهني، وهو من الأعمال الشريفة التي يفعلها نبلاء الناس، فينبغي على الأطباء بذل المساعدة، وتقديم الخدمات من غير مقابل، وهذه هي صفة الوكالة، وما قد يوجد من مقابل مادي إنما هو على سبيل الهبة لا العوض.

ثانياً: وجود أوجه شبه بين العقد الطبي وعقد الوكالة؛ حيث إن كلّاً منهما من العقود الشخصية، الرضائية، الملزمة للجانبين، والتي تفرض التزامات متقابلة على كلا الطرفين، ومن أوجه الشبه كذلك: أن الوكيل

---

(١) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٤٥ - عقد العلاج، مأمون ص٩٧ - عقد العلاج، شهيب ص٦٨ - العقد الطبي، المبارك ص٩٩ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٤٩- عقد العلاج، الزامل ص٢٦ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٣١- العقد الطبي، عشوش ص١٢ - إرادة المريض في العقد الطبي، العبيدي ص٦٧.

(٢) ينظر: عقد العلاج الطبي، شهيب ص٦٩ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٣١.

في عقد الوكالة لا يلتزم بتحقق نتيجة، إنما يلتزم ببذل عناية، وأن الأصل في عقد الوكالة انعدام العوض، وكذلك الحال في العقد الطبي[(١)].

وقد اعترض جمهور القانونيين على هذا التكييف، وعدوه قولاً ساقطاً ومهجوراً، وأوردوا عليه عدداً من الإشكالات، منها ما يلي:

أولاً: أن تكييف العقد الطبي عقد وكالة يعد أثراً لاعتبارات تاريخية، ونظم قديمة كانت تميز بين الحرف اليدوية، والمهن الحرة، فتجعل الحرف اليدوية خاصة بالأرقاء والعتقاء، وتكون قابلة للتقويم بالمال، وتجعل المهن الحرة خاصة بالنبلاء، ولا تكون قابلة للتقويم بالمال؛ لكونها أعمالاً شريفة، ينبغي القيام بها دون مقابل، واعتبروا مهنة الطب من بينها، ولكنَّ هذه طبقية لا مبرر لها، وقد زالت، واستقرت مباديء العدالة، والمساواة، وأصبح العمل الذي يقوم به الفرد عملاً شريفاً ومحترماً، سواءً كان عملاً يدوياً، أو فكرياً، مادياً، أو غير مادي، ولا يحط من مكانة الطبيب، وأصحاب المهن الحرة أن يأخذوا عوضاً على أعمالهم التي يقومون بها، ولا محل لاعتبار عقد الوكالة أرفع من أي عقد آخر[(٢)].

ثانياً: أن جملة من العقود تشارك عقد الوكالة في كونها من العقود الرضائية، والتي توجب التزامات متقابلة، وأوجه الشبه هذه لا تقتصر

---

(١) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٤٥ - عقد العلاج، مأمون ص٩٨ - ١٠٠ - عقد العلاج، شهيب ص٦٨- العقد الطبي، المبارك ص٩٩-١٠٠ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٤٩ - ٥٠ - أحكام عقد العلاج، حلبية ٢٣١ - العقد الطبي، عشوش كريم ص١٢- الطبيعة القانونية للعقد الطبي ص١٤-١٥.

(٢) ينظر: عقد العلاج الطبي، رشدي ص٤٦ - عقد العلاج، مأمون ص١٠١-١٠٢ - العقد الطبي، المبارك ص١٠١ - العلاقة بين الطبيب والمريض، رضوان ص٥١ ١٨ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة ص١٢٤.

على عقد الوكالة[١].

ثالثاً: أن هناك عدد من الفروق بين العقد الطبي وعقد الوكالة أبرزها ما يلي:

١ - أن الأصل في عقد الوكالة أنه عقد مجاني بطبيعته، ولا يدخله العوض إلَّا استثناء، بينما الأصل في العقد الطبي أنه عقد معاوضة، وإنما تنتفي عنه المعاوضة في حالات يسيرة، وليس ما يقدمه المريض للطبيب هبة منه، بل هو عوض مستحق، بدليل أنه يمكن للطبيب تحصيله قضاءً عند الاختلاف.

٢ - أن محل الوكالة القيام بتصرف قانوني، بينما محل العقد الطبي القيام بعلاج المريض، وهو عمل مادي لا قانوني، والقول بأنه عمل عقلي ذهني فحسب قول غير مُسَلَّم، بل هو عمل يمتزج فيه الجانب الذهني العقلي مع الجانب المادي.

٣ - أن الوكالة تحمل معنى النيابة، والوكيل في عقد الوكالة يلتزم بما حدده له موكله، فلا يتجاوز ذلك، ولا ينطبق ذلك على العقد الطبي، فإن الطبيب يمارس مهنته باسمه، ويتمتع بالحرية في ممارسة عمله الطبي.

٤ - أنَّ الالتزامات في عقد الوكالة تنتهي بإتمام العمل، أو انتهاء الأجل المعين، أو بموت أحد طرفي العقد، ولا ينطبق ذلك على العقد الطبي، فإنَّ بعض الالتزامات بين الطبيب والمريض تستمر بعد انتهاء العلاقة بينهما، كالالتزام بالسر الطبي.

---

(١) ينظر: إرادة المريض في العقد الطبي، ص٥١.

٥ - أن عقد الوكالة عقد مسمى، أما العقد الطبي فهو عقد غير مسمى[١].

وبذلك يتبين أن هناك فروقاً جوهرية بين العقد الطبي وعقد الوكالة، لا يمكن معها اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، وبذلك صح اعتبار هذا القول " قولاً ساقطاً ومهجوراً "[٢]، وأن هذا الرأي ليس له في الوقت الحاضر إلَّا قيمة تاريخية[٣].

---

(١) ينظر: عقد العلاج الطبي، رشدي ص٤٦-٤٧ - عقد العلاج، مأمون ص١٠٢ -١٠٥ - عقد العلاج، شهيب ص٧٠- العقد الطبي، المبارك ص١٠١ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٥١-٥٤ - أحكام عقد العلاج، حليبة ٢٣٢ - عقد العلاج، الزامل ص٢٧ -العقد الطبي، عشوش كريم ص١٣.

(٢) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٠١.

(٣) ينظر: عقد العمل في القانون المصري، جمال الدين ص١٣، ٥٠٤ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٥٤.

المطلب الثالث
العقد الطبي عقد مقاولة

ذهب بعض الباحثين القانونيين إلى أن العقد الطبي عقد مقاولة[1].

وعقد المقاولة يقصد به: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً، لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[2].

وقد استند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه إلى: أن العقد الطبي وعقد المقاولة توجد بينهما أوجه شبه كثيرة، تبرر إلحاق العقد الطبي بعقد المقاولة، ومن بين أوجه الشبه ما يلي:

أ - أنَّ كلّاً منهما من عقود المعاوضة، الرضائية، الملزمة للجانبين، والتي تفرض التزامات متقابلة على كلا الطرفين، فالطبيب في العقد الطبي يلتزم بعلاج المريض، والمريض يلتزم بدفع العوض، والمقاول يلتزم في عقد المقاولة بأداء العمل، ويلتزم رب العمل بدفع العوض، ويجب على كل من الطبيب والمريض في العقد الطبي، والمقاول ورب العمل في عقد المقاولة تنفيذ الالتزامات

---

(١) ينظر: الوسيط، السنهوري (٧/ ١٨) - عقد العلاج، رشدي ص٥٦ - عقد العلاج، مأمون ص١٠٩ - عقد العلاج، شهيب ص٧٧- العقد الطبي، المبارك ص١٠١ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٦٣- عقد العلاج، الزامل ص٣٢ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٢٥- العقد الطبي، عشوش ص١٦ - الطبيعة القانونية للعقد الطبي ص٢٨ - إرادة المريض، العبيدي ص٥٥ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة ص١٣٠.

(٢) ينظر: معجم القانون، مجمع اللغة العربية بمصر ص١١٦ - معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، جرجس ص٢٤٣ - معجم المصطلحات القانونية، كرم ص٢٩٧ - الوسيط، السنهوري (٧/ ٥) - عقد المقاولة، العايد ص٤٩.

الواجبة على كل منهم[١].

ب - أن الطبيب في علاقته بمريضه يمارس عمله الطبي بقدر من الاستقلالية، دون أن يخضع للرقابة والتوجيه، ومثله المقاول في عقد المقاولة فهو لا يخضع لصاحب العمل.

ج - أن العمل في العقد الطبي وعقد المقاولة ذو طابع مادي، ولا ينفي مادية العمل الطبي ما يتميز من طابع ذهني فكري، والطابع المادي من أبرز خصائص عقد المقاولة.

د - أن الطبيب في العقد الطبي لا ينوب عن المريض، ولا يمثله، ويمارس عمله الطبي باسمه الشخصي، أو باسم المستشفى الذي يعمل فيه، والمقاول في عقد المقاولة لا ينوب عن صاحب العمل، ولا يمثله، ويمارس عمله باسمه الشخصي، أو باسم المؤسسة التي ينتمي إليها.

هـ - أن الغالب أن المريض في العقد الطبي، ورب العمل في عقد المقاولة هما من عامة الناس، وهما قليلا الخبرة مقارنة بالطبيب والمقاول، مما يفرض على الطبيب والمقاول الالتزام بتبصيرهم تبصيراً كافياً؛ ليتحقق التوازن في هذين العقدين.

و - أن كلّاً من العقد الطبي وعقد المقاولة من العقود المستمرة التي تستمر فيها العلاقة بين العاقدين مدة العقد، وكذلك هما من العقود المؤقتة التي لا تقتضي التأبيد[٢].

---

(١) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٤٠ - عقد العلاج، مأمون ص١٠٦ - عقد العلاج، شهيب ص٧١ - ٧٤ - العقد الطبي، المبارك ص٩٣ - العلاقة بين الطبيب والمريض، رضوان ص٥٥ - ٥٧ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٢٨ - ٢٢٩ - العقد الطبي، عشوش كريم ص١٥ -إرادة المريض، العبيدي ص٥٠-٥١.

(٢) ينظر: الوسيط، السنهوري (١٨/٧) - عقد العلاج، رشدي ص٥٦ - عقد العلاج، مأمون =

ولكن ذهب عدد من الباحثين القانونيين إلى أن هذا التكييف يرد عليه عدد من الإشكالات، منها:

أولاً: أنه وإن وجدت أوجه شبه بين العقد الطبي وعقد المقاولة إلَّا أن بينهما فروقاً متعددة منها:

١ - أن وصف الطبيب بوصف المقاول لا ينسجم مع ما تتمتع به مهنة الطب من بعد إنساني وأخلاقي، وما لها من أثر اجتماعي، بعيد عن فكرة التكسب التي يتصف بها عقد المقاولة.

٢ - أن عقد المقاولة عقد معاوضة، ولا ترد عليه صفة التبرع، بينما العقد الطبي مع كونه عقد معاوضة إلّاً أنه قد يكون عقداً مجانياً تبرعياً في بعض الصور والأحوال.

٣ - الأصل في عقد المقاولة الالتزام بتحقيق نتيجة، ولا يستحق المقاول العوض إلّاً بإنجاز العمل المطلوب، بينما الأصل في العقد الطبي بذل عناية، ولا يلتزم الطبيب بتحقيق النتيجة إلَّا في صور قليلة، ويستحق الطبيب عوضه مقابل الجهد الذي بذله، وإن لم يتحقق شفاء المريض

٤ - أن العقد الطبي قد يكون في بعض أحواله عقد غير لازم بخلاف عقد المقاولة، فإنه عقد لازم.

٥ - أن عقد المقاولة من العقود المسماة، والعقد الطبي عقد غير

= ص١٠٩ - عقد العلاج، شهيب ص٧٧- العقد الطبي، المبارك ص١٠١ - العلاقة بين الطبيب والمريض، رضوان ص٦٣- ٦٤ - عقد العلاج، الزامل ص٣٣ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٢٥- العقد الطبي، عشوش ص١٦ - الطبيعة القانونية للعقد الطبي، بوليل ص٣٤-٣٥- إرادة المريض، العبيدي ص٥٥ -٥٦ - عقد المقاولة، العايد ص١٠٦.

مسمى[١].

ثانياً: أن جملة من العقود تشارك عقد المقاولة في كونها من عقود المعاوضات، ومن العقود الرضائية، ومن العقود الملزمة، والتي توجب التزامات متقابلة، وأوجه الشبه هذه لا تقتصر على عقد المقاولة[٢].

ثالثاً: أنَّ عقد المقاولة، وإن سمي بهذا الاسم إلَّا أنه لا يخرج في تكييفه الفقهي عن عقدي الإجارة، والاستصناع، فهو في بعض أحواله يكون عقد إجارة، وفي بعض أحواله يكون عقد استصناع، وبذلك يكون مآل عقد المقاولة إلى أحد هذين العقدين[٣].

(١) ينظر: المصادر السابقة، نفس أرقام الأجزاء والصفحات.

(٢) ينظر: إرادة المريض في العقد الطبي، ص٥١.

(٣) ينظر: عقد المقاولة، العايد ص١١٩-١٢٠.

المطلب الرابع
العقد الطبي عقد إذعان

ذهب بعض الباحثين القانونيين إلى أن العقد الطبي عقد إذعان[١].

وعقد الإذعان يقصد به: العقد الذي يستقل بوضع بنوده أحد المتعاقدين، وفق نماذج جاهزة، ويتاح للمستهلك الانضمام إليها، دون مساومة، أو مناقشة[٢].

وقد استند أصحاب هذا الرأي: إلى أن هناك اختلاف في المساواة الطبيعية بين الطبيب والمريض؛ حيث إن المريض في مركز أدنى من الطبيب، نتيجة جهله بالمسائل الطبية، مما يترتب عليه أنه يجب على المريض أن يعطي الطبيب مطلق الحرية في عمل ما يراه مناسباً لحالته الصحية، وانعدام المساواة الطبيعية بين الطبيب والمريض تستلزم انعدام المساواة القانونية، وهذه العلاقة العقدية بينهما يحكمها عقد الإذعان[٣].

---

(١) ينظر: عقد العلاج، السعيد رشدي ص٤٨ - العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص٦١- عقد العلاج، الزامل ص٢٨ - إرادة المريض في العقد الطبي، العبيدي ص٦٣ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة ص١٤٠.

(٢) ينظر: معجم القانون، مجمع اللغة العربية بمصر ص١١٥ - معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، جرجس ص٢٤٢ - معجم المصطلحات القانونية، كرم ص٢٨٩ - عقود الإذعان في الفقه، أحمد قرني ص٣٠.

(٣) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٤٨ - ٤٩ - العلاقة بين الطبيب والمريض، رضوان ص٦١ - ٦٢- عقد العلاج، الزامل ص٢٨ - إرادة المريض، العبيدي ص٦٣ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة ص١٤٠.

وقد رفض جمهور الباحثين القانونيين هذا الرأي، وأوردوا عليه عدداً من الإشكالات أبرزها ما يلي:

أولاً: أن عقد الإذعان له خصائص تميزه عن غيره من العقود، فهو عقد يتعلق بالسلع والخدمات الضرورية التي لا غنى للناس عنها، ونماذجه وشروطه وبنوده تعد مسبقاً، وليس للمستهلك الحق في مناقشتها، أو تعديلها،، وهذه الخصائص لا تتحقق في العقد الطبي، ويتضح ذلك من خلال ما يلي:

أ - أن موضوع العقد الطبي طلب العلاج، بينما موضوع عقود الإذعان سلع، أو خدمات ضرورية.

ب - أن العقد الطبي عقد متاح للجميع، فالمريض يتمكن من اختيار الطبيب أو المستشفى الذي يرغبه، والطبيب قد يختار مريضه، ويجب عليه الحصول على رضا المريض، أو من يقوم مقامه.

ج - أن العقد الطبي وإن كان كثير من الناس يحتاجونه إلَّا أنه لا يأخذ صفة عقود الإذعان التي يحتاجها عامة الناس، وتتصف بشمولها، وتَوَحُّدِ صيغها وإجراءاتها؛ لأن حالة المرضى تختلف من مريض إلى آخر، بحسب نوع المرض، والحالة الصحية، والظروف المحيطة.

د - أن العاقدين في العقد الطبي يملكان الحرية التامة في وضع البنود والشروط، ولهما حق تعديلها، والتغيير فيها، ويتم العقد بتراضيهما واختيارهما .

هـ - أن العقد الطبي غايته شفاء المريض، ولكن الطبيب غير ملزم بتحقيق هذه الغاية، وإنما هو ملزم ببذل العناية، بينما عقود الإذعان غالباً ما تسعى إلى تحقق نتيجة معينة.

و - أن عقد الإذعان من العقود المسماة، بينما العقد الطبي عقد غير مسمى[(١)].

ثانياً: أن بعض صور الإذعان تقترب من بيع التعاطي، وبعضها تقترب من بيع التلجئة،وبعضها تشتمل على احتكار، أو تعسف، وعليه فالأقرب أن الإذعان وصف يلحق العقود، وليس بعقد مستقل، فقد يرد على العقد الطبي، وقد يرد على غيره من العقود[(٢)].

---

(١) ينظر: عقد العلاج الطبي، رشدي ص٥٠ - ٥١ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، رضوان ص٦١ -٦٢- عقد العلاج الطبي، الزامل ص٢٨ - ٢٩ إرادة المريض في العقد الطبي، العبيدي ص٦٣ - ٦٥ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة ص١٤٣- ١٥٢ - عقود الإذعان، قرني ص٥٤ -٥٥.

(٢) ينظر: عقود الإذعان، قرني ص٢٢٦.

المطلب الخامس

العقد الطبي عقد غير مسمى

ذهب كثير من الباحثين القانونين وغيرهم إلى أن العقد الطبي عقد غير مسمى[(١)].

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى: أن العقد الطبي له خصوصية تميزه عن سائر العقود؛ لأنه يمس حياة الإنسان، وسلامته، ولما ينشأ عنه من التزامات، وما يرتبه من مسؤوليات، وذلك يقتضي تنظيماً خاصاً به، تحفظ فيه الحقوق، وتصان فيه الالتزامات[(٢)] والتكييفات المذكورة للعقد الطبي لا تتفق مع حقيقته وخصائصه، فهو مختلف عن العقود الأخرى، وعن القواعد التي تحكمها، وما قد يوجد من تشابه بينه وبين غيره من العقود لا يسلبه صفته المستقلة، وبالتالي فهو عقد خاص، خارج عن العقود المسماة[(٣)].

وقد نوقش هذا القول: بأن مصطلح العقود المسماة، وغير المسماة مصطلح قانوني حادث، فلم تكن العقود المستجدة عند الفقهاء محل

---

(١) ينظر: عقد العلاج، مأمون ص١١٥ - عقد العلاج، شهيب ص٨٢- العلاقة بين الطبيب والمريض ص٧١ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٣٣- مسؤولية الطبيب في العمل الجماعي، قوته ص٢١.

(٢) ينظر: عقد العلاج، شهيب ص٨٣ - إرادة المريض، العبيدي ص٦٩ - حقوق المريض في عقد العلاج ص١٥٨.

(٣) ينظر: عقد العلاج، مأمون ص١١٥ - عقد العلاج، شهيب ص٨٢ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٧١ - إرادة المريض، العبيدي ص٦٩ - حقوق المريض في عقد العلاج ص١٥٦.

إشكال، بل كانوا يحملون كل عقد على ما شابهه، والمعاني الشرعية التي وردت بها نصوص الكتاب والسنة يدخل في عموها كل عقد مستجد، وإن لم يسم باسم خاص، والقول بأن الشارع الحكيم لم يرتب أحكاماً خاصة بالعقود غير المسماة تضييق لدائرة شمول النصوص وعمومها، بل تقسيم العقود إلى عقود مسماة، وعقود غير مسماة تقسيم قد لا يتوافق مع كمال الشريعة، وسعتها، فكل ما استحدثه الناس من عقود يمكن إدخاله تحت الحدود أو المعاني الكلية للعقود[(١)].

ويمكن أن يجاب: بأنه إن أريد بالعقد غير المسمى أنه ليس في العقود الفقهية ما يشابهه فهذا قول غير مُسَلَّم، فإنه "ما من مسألة تفرض إلا وفي الشرع دليل عليها، إما بالقبول أو بالرد"[(٢)]، وإن كان المراد أنَّ هذا اصطلاح يطلق على بعض العقود المستجدة والحادثة، فهذا لا إشكال فيه، وتُخَرَّج تلك العقود المستجدة على ما شاكلها، وتؤخذ أحكامها، وضوابطها من العقود المشابهة لها، " والأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ"[(٣)]، وتبدل الأسماء والصور لا يبدل الأحكام والحقائق[(٤)].

---

(١) ينظر: حكم العقد غير المسمى في الفقه، محمد سيد عامر ص٥- ٩.

(٢) المنخول ص٤٦٠.

(٣) شرح فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٤٨٩).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٩٦).

المبحث الخامس

التكييف الراجح للعقد الطبي، وأسباب الترجيح

من خلال ما تقدم بحثه من تكييفات فقهية وقانونية للعقد الطبي، يتبين ما يلي:

أولاً: أن التكييفات الفقهية التي يُخَرَّج عليها العقد الطبي لا تخرج عن ثلاثة: الأول: الإجارة، والثاني: الجعالة، والثالث: البيع.

واعتبار العقد الطبي عقد إجارة، من قبيل إجارة الأشخاص هو الأصل في تكييفه، ودراسة أحكامه، ولكنه قد يَخْرُج إلى عقد الجعالة، أو عقد البيع في بعض الصور والأحوال التي تم عرضها.

ثانياً: أن التكييفات القانونية للعقد الطبي لا تخرج عن حالتين:

الحالة الأولى: تكييفات قانونية مستبعدة فقهاً وقانوناً، ومنها: تكييف العقد الطبي على أنه عقد وكالة؛ نظراً لأن الوكالة في الفقه تحمل معنى النيابة، وهي من عقود التبرعات في غالب أحوالها، والعقد الطبي ليس فيه معنى النيابة، وهو من عقود المعاوضات، ومنها: تكييف العقد الطبي على أنه عقد إذعان، والحقيقة: أن الإذعان صفة للعقد، قد ترد على العقد الطبي، وقد ترد على غيره.

الحالة الثانية: تكييفات قانونية تؤول إلى تكييف فقهي، ومنها: تكييف العقد الطبي عقد عمل، وعقد العمل في الفقه إجارة أشخاص، وينطبق عليه أحكام الإجارة، ومنها: تكييف العقد الطبي عقد مقاولة،

وعقد المقاولة في الفقه يأخذ أحكام إجارة الأشخاص في بعض الصور والأحوال، ويأخذ أحكام عقد الاستصناع في صور أخرى.

ثالثاً: القول بأن العقد الطبي عقد غير مسمى، إن أريد بذلك أنه لم يرد بهذا الاسم عند الفقهاء، وأن هذا اصطلاح يعرف به فهذا لا إشكال فيه، وقد اصطلح على تسميته بالعقد الطبي، أو عقد العلاج الطبي، أو عقد الطبابة، وإما إن أريد أن هذا العقد لا يمكن تخريجه على أيٍّ من العقود المعروفة لدى الفقهاء، وأنه ينبغي أن يستقل بأحكام خاصة تؤخذ من القواعد العامة، والأصول الكلية فهذا أمر غير مُسَلَّم، بل قد تناوله الفقهاء في مباحث الإجارة، والجعالة، والبيع، وبينوا أحكامه.

رابعاً: بناءً على ما سبق فإن العقد الطبي هو عقد إجارة في حقيقته، وقد يكون عقد جعالة، أو عقد بيع في بعض حالاته التي سبق عرضها، ولا يظهر لي صحة شيء من التكييفات القانونية التي سبق ذكرها؛ لما أوردته عليها من مناقشات، ولأن الأصل أن تؤخذ الأحكام من مظانها، ومظان ذلك كتب الفقهاء، وأدلة الأحكام.

"الألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه".

إعلام الموقعين، ابن القيم (١٦٧/١).

الفصل الثاني

حكم العقد الطبي

وفيه أربعة مباحث[1]**:**

المبحث الأول: حكم التداوي.

المبحث الثاني: حكم العقد الطبي.

المبحث الثالث: الجمع بين عقدين أو صفتين في العقد الطبي.

المبحث الرابع: الشروط في العقد الطبي، وأثرها.

---

(١) الحكم يطلق ويراد به الأثر القريب للعقد، ويطلق ويراد به الحكم التكليفي أو الوضعي، وهو المقصود هنا.

"حقوق الآدميين تقبل من المعاوضة والبدل ما لا يقبلها حقوق الله تعالى، ولا تمنع المعاوضة في حق الآدمي إلَّا أن يكون في ذلك ظلم لغيره، أو يكون في ذلك حق لله".

مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٣٢/٣١)

المبحث الأول

حكم التداوي

مسألة التداوي من المسائل الخلافية بين الفقهاء، ومرد الخلاف فيها إلى أربعة أقوال:

القول الأول: أن التداوي مأمور به، والذين قالوا بهذا اختلفوا في مرتبة الأمر به على رأيين:

الرأي الأول: أنه واجب مطلقاً، وهو قول عند الحنابلة(١)، وقول ابن حزم(٢)، واختاره بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين(٣).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البَقَرَة: ١٩٥].

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النِّسَاء: ٢٩]

وجه الدلالة: أن الله نهى عن قتل النفس، أو إلقائها إلى ما فيه هلاكها، بترك ما أمر به مما يؤدي إلى الهلاك، أو بفعل ما يوصل إلى

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢١/ ٥٦٤) - الفروع (٣/ ٢٣٩) - الآداب الشرعية (٢/ ٣٣٥) - الإنصاف (٢/ ٤٦٣).

(٢) ينظر: المحلى (٣/ ٩٠) (٦/ ٩٦) (١١/ ٦٩).

(٣) ينظر: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٨١ - المسائل الطبية المستجدة (١/ ٣٣).

التلف[١]، وإلقاء النفس إلى التهلكة يمكن الاحتراز منه[٢]، وذلك بالتداوي، فيكون التداوي واجباً؛ لأنه يؤدي إلى حفظ النفس، وحفظ النفس من الواجبات[٣].

ونوقش من وجهين: **الوجه الأول**: أن التداوي سبب ظني للشفاء، فلا يعد تركه سبباً للهلاك[٤].

الوجه الثاني: أن الدواء ليس هو المتعين في الشفاء، فقد يحصل الشفاء بغير سبب كطبيعة الجسم، وقد يحصل بسبب غير التداوي كالدعاء، وعليه فلا يعد تركه إلقاء بالنفس إلى التهلكة[٥].

الدليل الثالث: عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواءً، فتداووا، ولا تداووا بحرام)[٦].

الدليل الرابع: عن عائشة رضي الله عنها قالت: (أمرني رسول الله ﷺ أو أمر أن يسترقى من العين)[٧].

الدليل الخامس: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رجلاً أتى

---

(١) ينظر: تيسير الكريم الرحمن، السعدي ص٩٠.

(٢) ينظر: معالم التنزيل، البغوي (١/ ٢١٥)

(٣) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص١٧١ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٦١- التجارب الطبية ص٦٦.

(٤) ينظر: التداوي بالمحرمات، الفريان (١/ ٦٨٩).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٤/ ٢٦٨) - الإذن في إجراء العمليات الطبية، الجبير ص١٧ - التجارب الطبية ص٦٦

(٦) الحديث سبق تخريجه ص١٩٨.

(٧) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الطب، باب رقية العين برقم (٥٧٣٨)، ومسلم في كتاب السلام، باب استحباب الرقية من العين والنملة برقم (٢١٩٥). ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١٣٢) - صحيح مسلم (٤/ ١٧٢٥).

النبي ﷺ فقال: أخي يشتكي بطنه، فقال: (اسقه عسلاً)، ثم أتى الثانية، فقال: (اسقه عسلاً)، ثم أتاه الثالثة فقال: (اسقه عسلاً) ثم أتاه فقال: قد فعلت؟ فقال: (صدق الله، وكذب بطن أخيك، اسقه عسلاً) فسقاه فبرأ[١].

وجه الدلالة: أن هذه الأحاديث فيها أمر بالرقية، والتداوي، وهو أمر مطلق مجرد عن القرينة يفيد الوجوب[٢]؛ فأمره ﷺ بالتداوي نهي عن تركه، وذلك يقتضي الوجوب، والنهي عن كل فعل يخالفه[٣].

ونوقش هذا الاستدلال من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أنه لا يُسَلَّم بأن هذه الأوامر مطلقة تقتضي الوجوب، بل قد وردت أحاديث تصرفها عن الوجوب، ومنها حديث السبعين ألف، وحديث المرأة التي كانت تصرع[٤].

قال ابن تيمية رحمه الله: " والتداوي غير واجب، ومن نازع فيه خصمته السنة في المرأة السوداء التي خيرها النبي ﷺ ....، ولو كان رفع المرض واجباً لم يكن للتخيير موضع "[٥].

---

(١) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الطب، باب الدواء بالعسل برقم (٥٦٨٤)، ومسلم في كتاب السلام، باب التداوي بسقي العسل برقم (٢٢١٧). ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١٢٣) - صحيح مسلم(٤/ ١٧٣٦).

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير (٣/ ٣٩).

(٣) ينظر: المحلى (٦/ ٩٦) - الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم (٣/ ٣٢٧).

(٤) الصرع: مرض ينتاب الأعصاب فتختل، ويقع المصاب فجأة فاقد الوعي، يختلج، وتتشنج عضلاته، ويخرج الزبد من فيه. ينظر: معجم مقاليد العلوم ص١٨٧ - دليل الأمراض النفسية والبدنية ص٥٢.

(٥) مجموع الفتاوى (٢١/ ٥٦٣/ ٥٦٤) وينظر: الإذن الطبي، خرخاش ص٦٤ - التجارب الطبية ص٦٧ - ٦٨.

الوجه الثاني: " أنه قد كان من خيار هذه الأمة، وسلفها، وعلمائها قوم يصبرون على الأمراض حتى يكشفها الله، ومعهم الأطباء، فلم يعابوا بترك المعالجة، ولو كانت المعالجة سنة من السنن الواجبة، لكان الذم قد لحق من ترك الاسترقاء والتداوي، وهذا لا نعلم أحداً قاله، ولكان أهل البادية والمواضع النائية عن الأطباء قد دخل عليهم النقص في دينهم لتركهم ذلك "(١).

الرأي الثاني: أنه مندوب ومستحب، وإليه ذهب بعض الحنفية(٢)، وهو مذهب الشافعية(٣)، وقال به بعض الحنابلة(٤)، وحكاه النووي مذهباً لجمهور السلف وعامة الخلف(٥)، واختاره جمع من المعاصرين(٦).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: الأدلة الدالة على الأمر بالتداوي، والتي سبق ذكرها عند الاستدلال للقائلين بوجوب التداوي، وحملوا الأمر فيها على الاستحباب؛ لأنه أدنى مراتب الأمر(٧)،وللأدلة الصارفة للوجوب إلى الاستحباب(٨).

---

(١) التمهيد (٥/ ٢٧٨-٢٧٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٢٧).

(٣) ينظر: المهذب (١/ ٢٣٥) - البيان (٣/ ٩) - المجموع (٥/ ١٠٦) - الروضة (٢/ ٩٦) - مغني المحتاج (٢/ ٤٥).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٢١/ ٥٦٤) - الفروع (٣/ ٢٣٩) - الإنصاف (٢/ ٤٦٣) - كشاف القناع (٢/ ٧٦).

(٥) ينظر: شرح النووي على مسلم (١٤/ ١٩١).

(٦) ينظر: المسائل الطبية المستجدة، النتشة ص٣٤ - التداوي بالمحرمات والنجاسات، السيد رضوان (١/ ٩٠٨) - أثر التداوي على الصلاة والصيام، زينب عياد (١/ ٥٣٢).

(٧) ينظر: التحبير شرح التحرير (١/ ٦٥) - الأحكام النبوية في الصناعة الطبية، الحموي ص٣٢٦.

(٨) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٦٠.

ويمكن أن يناقش: بأن الإباحة هي أدنى مراتب الأمر[(١)]، وصرف الوجوب إليها أولى من صرفه للندب.

ثانياً: الأدلة الدالة على منافع الرقية، وبعض الأطعمة والأدوية، ومن ذلك ما يلي:

أ - قال تعالى: ﴿وَنُنَزِّلُ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ مَا هُوَ شِفَآءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الإسراء: ٨٢].

ب - قال تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنۢ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُّخْتَلِفٌ أَلْوَٰنُهُۥ فِيهِ شِفَآءٌ لِّلنَّاسِ﴾ [النّحل: ٦٩].

ج - عن عائشة رضي الله عنها أنها سمعت النبي ﷺ يقول: (إنَّ هذه الحبة السوداء شفاء من كل داء، إلا من السَّام) قلت: وما السَّام؟ قال: (الموت)[(٢)].

د - عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من تصبح سبع تمرات عَجْوة لم يضره ذلك اليوم سُمٌّ ولا سِحر)[(٣)].

وجه الدلالة: هذه الأحاديث فيها ذكر لمنافع الرقية والأدوية، وذكرها حث عليها، وندب إليها.

ويمكن أن يناقش: بأن ذلك محمول على الإباحة، لا الندب.

---

(١) ينظر: كشف الأسرار(١/ ٧٤) - عمدة القاري (٣/ ١٤٤) - شرح الزرقاني(٣/ ١٠٢) - قواطع الأدلة(١/ ١٤٧)

(٢) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الطب، باب الحبة السوداء برقم (٥٦٨٧)، ومسلم، كتاب السلام، باب التداوي بالحبة السوداء برقم (٢٢١٥). ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١٢٤) - صحيح مسلم (٤/ ١٧٣٥).

(٣) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الطب، الدواء بالعجوة للسحر برقم (٥٧٦٩)، ومسلم، كتاب الأشربة، باب فضل تمر المدينة بها برقم (٢٠٤٧). ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١٣٨) - صحيح مسلم (٣/ ١٦١٨).

ثالثاً: الأدلة الدالة على تداوي النبي ﷺ ، ومداواته لأصحابه، ومنها:

أ - حديث عائشة رضي الله عنها وفيه: (إن رسول الله ﷺ كان يسقم عند آخر عمره، أو في آخر عمره، فكانت تقدم عليه وفود العرب من كل وجه، فتنعت له الأنعات[1]، وكنت أعالجها له)[2].

ب - عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قال: (رمي سعد بن معاذ -رضي الله عنه- في أَكْحَلِه[3]، قال: فَحَسَمه[4] النبي ﷺ بيده بِمِشقَص[5]، ثم وَرِمت فحسمه الثانية)[6].

ج - عن جابر رضي الله عنه قال: (بعث رسول الله ﷺ إلى أبي بن كعب طبيباً، فقطع منه عرقاً، ثم كواه عليه)[7].

---

(١) تنعت له الأنعات: أي: تصف له، والنعت: وصف الشيء بما فيه من حسن. ينظر: النهاية (٥/ ٧٩).

(٢) الحديث أخرجه بلفظه أحمد في المسند برقم (٢٤٣٨٠)، وبنحوه الطبراني في الكبير برقم (٢٩٥)، وصححه الحاكم في المستدرك، ووافقه الذهبي، ووثق الهيثمي رجاله غير عبدالله الزبيري وصححه محققو المسند. ينظر: المسند (٤٠/ ٤٤١) - المعجم الكبير (٢٣/ ١٨٢) - المستدرك (٤/ ٢١٨) - مجمع الزوائد (٩/ ٣٨٨).

(٣) الأَكْحَل: عرق في وسط الذراع يكثر فصده. ينظر: مشارق الأنوار (١/ ٣٣٧) - النهاية (٤/ ٢٧١).

(٤) الحَسْم: كي العرق بالنار حتى ينقطع الدم. ينظر: مشارق الأنوار (١/ ٢١٢) - النهاية (١/ ٩٦١).

(٥) المِشْقَص: نصل السهم الطويل غير العريض. ينظر: مشارق الأنوار (٢/ ٢٥٧) - النهاية (٢/ ١١٩٣).

(٦) الحديث أخرجه مسلم، كتاب السلام، باب لكل داء دواء، واستحباب التداوي برقم (٢٢٠٨) (٤/ ١٧٣١).

(٧) الحديث أخرجه مسلم، كتاب السلام، باب لكل داء دواء، واستحباب التداوي برقم (٢٢٠٧) (٤/ ١٧٣٠).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ كان من هديه فعل التداوي في نفسه، والأمر به لمن أصابه مرض من أهله وأصحابه "[١]، وهذا دليل على استحباب التداوي.

ويمكن أن يناقش: بأن حمل هذه الأدلة على الاستحباب ليس بأولى من حملها على الإباحة.

رابعاً: من المعقول: أن التداوي مندوب إليه لكونه من الأسباب النافعة المفضية إلى مصالح شرعية، من القيام بالطاعات، واغتنام الأوقات، بينما المرض يعرض النفس للضيق، وقد يضعفها عن الطاعات[٢].

القول الثاني: أن التداوي منهي عنه، وأصحاب هذا القول اختلفوا في مرتبة النهي على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: أن التداوي محرم، ونسب هذا القول إلى غلاة الصوفية[٣]، واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿مَآ أَصَابَ مِن مُّصِيبَةٍ فِى ٱلْأَرْضِ وَلَا فِىٓ أَنفُسِكُمْ إِلَّا فِى كِتَٰبٍ مِّن قَبْلِ أَن نَّبْرَأَهَآ﴾ [الحديد: ٢٢].

وجه الدلالة: أن الله قد علم أوقات الصحة والمرض، فلا تزيد بالتداوي، ولا تنقص بتركه، فالواجب ترك التداوي؛ لعدم إفادته، وتوكلاً على الله، واعتصاماً به، وانقطاعاً إليه[٤].

---

(١) زاد المعاد (٤/ ٩).
(٢) ينظر: الشرح الممتع (٥/ ٢٣٣).
(٣) ينظر: إكمال المعلم (٧/ ١١٩) - الجامع لأحكام القرآن (١٠/ ١٣٨) - شرح النووي على مسلم (١٤/ ١٩١) - طرح التثريب (٨/ ١٨٤) - عمدة القاري (٢١/ ٣٤٢) - فيض القدير (٢/ ٢٥٦).
(٤) ينظر: التمهيد (٥/ ٢٦٥) - الجامع لأحكام القرآن (١٠/ ١٣٩) - زاد المعاد (٤/ ١٥).

ونوقش: بأن الأدوية من قدر الله، ولا يخرج شيء عن قدره، والتداوي لا ينافي التوكل، بل هو من الأسباب التي نصبها الله قدراً وشرعاً[(١)].

الدليل الثاني: عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (من اكتوى أو استرقى فقد بريء من التوكل)[(٢)] وعن عمران رضي الله عنه قال: (نهانا رسول الله ﷺ عن الكي فاكتوينا، فما أفلحنا ولا أنجحنا)[(٣)]

وجه الدلالة: في الحديثين نهي عن الاكتواء؛ لمنافاته التوكل، فيكون محرماً، والكي من التداوي، ويلحق به في التحريم سائر أنواع التداوي[(٤)].

وأجيب عن هذين الحديثين من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن النهي خاص بعمران بن حصين رضي الله عنه.

---

(١) ينظر: إكمال المعلم (٧/ ١١٩) - زاد المعاد (٤/ ١٥) - نيل الأوطار (٨/ ٢٣١).

(٢) الحديث أخرجه بلفظه أحمد في المسند برقم (١٨١٨٠)، والترمذي في سننه، كتاب الطب، باب ما جاء في كراهية الرقية برقم (٢٠٥٥)، وابن ماجة في سننه، أبواب الطب، باب الكي برقم (٣٤٨٩)، والبيهقي في الكبرى برقم (٢٠٠٢٩)، وبمعناه أخرجه النسائي في الكبرى برقم (٧٥٦١)، والطبراني في الكبير برقم (٨٩١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وصححه الألباني. ينظر: المسند (٣٠/ ١١٦) - سنن الترمذي (٣/ ٤٦١) - سنن ابن ماجة (٤/ ٥٣١) - السنن الكبرى، النسائي (٧/ ٩٧) - المعجم الكبير (٢٠/ ٣٨١) – السنن الكبرى، البيهقي (٩/ ٣٤١) - المستدرك (٤/ ٤٦١) - السلسلة الصحيحة (١/ ٤٩٠).

(٣) الحديث أخرجه أحمد في المسند برقم (١٩٨٣١)، وأبو داود في سننه، كتاب الطب، باب في الكي برقم (٣٨٦٥)، والترمذي في سننه، كتاب الطب، باب ما جاء في كراهية التداوي بالكي برقم (٢٠٤٩)، والنسائي في الكبرى برقم (٧٥٥٨)، وابن ماجة في سننه، أبواب الطب، باب الكي برقم (٣٤٩٠)، وقال الترمذي: حسن صحيح، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي. ينظر: المسند (٣٠/ ١١٦) – سنن أبي داود (٦/ ٥) – سنن الترمذي (٣/ ٤٥٧) – سنن ابن ماجة (٤/ ٥٣٢) – السنن الكبرى، النسائي (٧/ ٩٦)- المستدرك (٤/ ٤٦٢).

(٤) ينظر: شرح النووي على مسلم (٣/ ٩٠) – أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٧١.

الوجه الثاني: أن النهي يحمل على الكراهة، أو على خلاف الأولى.

الوجه الثالث: أنه قد وجد من فعل الصحابة ﭬ ما يدل على جواز الاكتواء، فقد اكتوى سعد بن معاذ وغيره من الصحابة رضوان الله عليهم[(١)].

الدليل الثالث: أن الولاية لا تتم إلَّا إذا رضي المؤمن بجميع ما نزل من البلاء، وما دام كل شيء بقضاء وقدر فلا حاجة إلى التداوي، فيكون محرماً[(٢)].

ونوقش: بأن النبي ﷺ حث على التداوي، ووصف المتداوين بالعبودية، مما يدل على أن التداوي لا يخرجهم عن التوكل، والدخول في ولاية الله ﷻ[(٣)].

الرأي الثاني: أن التداوي مكروه، وهو قول بعض الصحابة كعبدالله بن مسعود، وأبي الدرداء ﭬ، وبه قال بعض السلف كسعيد بن جبير، وداود الظاهري، وغيرهم[(٤)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن عمران ﭬأن رسول الله ﷺ قال: (يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفا بغير حساب)، قالوا: من هم يا رسول الله؟ قال: (هم الذين لا يسترقون، ولا يتطيرون[(٥)]، ولا يكتوون، وعلى ربهم

---

(١) ينظر: فتح الباري (١٠/ ١٥٥، ١٥٨). (٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (١٠/ ١٣٨).

(٣) ينظر: فيض القدير (٢/ ٢٥٦).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ٣٢) - أحكام المرضى، ابن تاج الدين ص٣٥٢ - التمهيد (٥/ ٢٦٥).

(٥) الطيرة: تشاؤم الإنسان بشيء يقع تحت المناظر والمسامع، مما تنفر منه النفس. ينظر: الذريعة، الأصفهاني ص١٤٨ - النهاية(٣/ ٣٣٤) - لسان العرب (٤/ ٥٠٨)- التعريفات الاعتقادية ص٢٢٨.

يتوكلون)[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ مدح الذين تركوا التداوي اتكالاً على الله، ووعدهم بدخول الجنة بغير حساب، مما يدل على كراهية التداوي، وأن الأولى تركه[٢].

ونوقش هذا الحديث من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن الحديث ليس فيه حمد لترك التداوي، ولا ذكر للمنع منه، والنبي ﷺ كان يفعله، وفعله أصحابه بحضرته، وحثهم عليه، وهو ﷺ لا يفعل إلّا الأفضل[٣].

الوجه الثاني: أن حديث عمران بن حصين رضي الله عنه قد أجاب عنه العلماء، فمنهم من حمله على اعتقاد الجاهلية أن الكي والرقية تنفع بنفسها، وأن الشفاء ليس من الله، ومنهم من حمله على من طلب الكي والرقية قبل نزول البلاء، ومنهم من حمله على استعمال الكي والرقى الممنوعة، أو الشك في نفعها، أو القطع بعدم الحاجة إليها، ومنهم من قال: أنه قد نهي عن الكي والرقى ثم نسخ النهي[٤].

الدليل الثاني: عن عائشة رضي الله عنها قالت: لددنا رسول الله ﷺ في

---

(١) أخرجه بلفظه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الدليل على دخول طوائف من المسلمين الجنة بغير حساب ولا عذاب برقم (٢١٨)، وبمعناه أخرجه البخاري من حديث ابن عباس في كتاب الرقاق، باب ومن يتوكل على الله فهو حسبه برقم (٦٤٧٢). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ١٠٠) - صحيح مسلم (١/ ١٩٨).

(٢) ينظر: التمهيد (٥/ ٢٦٧).

(٣) ينظر: المحلى (٦/ ٩٦) - التجارب الطبية ص٧١.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ٣٣) - أحكام المرضى ص٣٥٣ - التمهيد(٢٤/ ٦٦) - إكمال المعلم (٧/ ٩٩) - شرح النووي على مسلم(١٤/ ١٦٨) - فتح الباري (١٠/ ٢١١) - زاد المعاد(٤/ ٦٥) - الآداب الشرعية(٢/ ٣٣٤).

مرضه، فجعل يشير إلينا ألَّا تلدوني، فقلنا: كراهية المريض للدواء، فلما أفاق قال: (ألم أنهكم أن تلدوني؟)، قلنا: كراهية المريض للدواء، فقال: لا يبقى أحد في البيت إلَّا لُدَّ وأنا أنظر، إلَّا العباس فإنه لم يشهدكم)(١).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهاهم عن لده، وكره فعلهم، مما يدل على كراهية التداوي(٢).

ونوقش: بأن النبي ﷺ أمر بلدهم عقوبة لهم على ترك امتثال نهيه، ولأن التداوي باللد غير ملائم لدائه(٣)

الرأي الثالث : أن ترك التداوي أولى من فعله(٤)، وهذا قول عند

(١) الحديث سبق تخريجه ص ١٨١.

(٢) ينظر: التجارب الطبية ص٧٨.

(٣) ينظر: شرح ابن بطال (٩/ ٤١٥) - شرح النووي على مسلم (١٤/ ١٩٩) - فتح الباري (٨/ ١٤٧).

(٤) ألحقت هذا الرأي بالقول الثاني المتضمن النهي عن التداوي، وجعلته رأياً مستقلاً لأمور: الأمر الأول: أن خلاف الأولى عند جملة من الأصوليين يخالف حكم الكراهة من جهة أنه لا توجد فيه صيغة نهي، وليس النهي فيه مخصوصاً ومقصوداً، وقد جعله تاج الدين السبكي حكماً سادساً، وجعله بعض الأصوليين من مراتب الكراهة، قال الزركشي: " هو واسطة بين الكراهة والإباحة، ثم قال: والتحقيق: أن خلاف الأولى قسم من المكروه ودرجات المكروه تتفاوت كما في السنة، ولا ينبغي أن يعد قسماً آخر وإلا لكانت الأحكام ستة، وهو خلاف المعروف، أو كان خلاف الأولى خارجاً عن الشريعة وليس كذلك، وقال المرداوي: " ترك الأولى مشارك للمكروه في حده، إلا أنه منهي غير مقصود، والمنع من المكروه أقوى من المنع من خلاف الأولى" ، والأمر الثاني: أن الفقهاء قد فرقوا بين حكم الكراهة، وخلاف الأولى في مسائل كثيرة، والأمر الثالث: أن هذا التعبير هو الذي اختاره الإمام أحمد رحمه الله، وجرى عليه فقهاء الحنابلة، وغيرهم. ينظر: التقرير والتحبير (٢/ ١٩٢) - الأشباه والنظائر، السبكي (٢/ ٨٠-٨١) - رفع الحاجب، السبكي (١/ ٤٩٠) - التمهيد، الأسنوي ص١٠١ - المنثور (١/ ٢١٣-٢١٤) - البحر المحيط (١/ ٢٤٤) - التحبير شرح التحرير (٢/ ٧٥٩) (٣/ ١٠١٠).

الشافعية[١]، وهو مذهب الحنابلة[٢]، واختاره بعض السلف[٣]

وقد استدلوا بما يلي:

أولاً: الأدلة التي استدل بها من ذهب إلى كراهية التداوي، وحملوها على خلاف الأولى.

ثانياً: ما ورد عن النبي ﷺ وصحابته من تفضيل ترك التداوي، ومن ذلك ما يلي:

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة سوداء أتت النبي ﷺ ، قالت: إني أصرع وإني أتكشف، فادع الله لي، قال: (إن شئت صبرت ولك الجنة، وإن شئت دعوت الله أن يعافيك)، قالت: أصبر، قالت: فإني أتكشف فادع الله أن لا أتكشف فدعا لها)[٤].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أرشد الجارية إلى الصبر على البلاء، وقدمه على الدعاء والدواء، فدل على أن ترك التداوي أولى، وأن أخذ النفس بالأشد لمن علم من نفسه القدرة والطاقة أفضل[٥].

---

(١) ينظر: المجموع (٥/ ١٠٦) - أسنى المطالب (١/ ٢٩٥) - مغني المحتاج (٢/ ٤٥) - نهاية المحتاج (٣/ ١٩).

(٢) ينظر: الفروع (٣/ ٢٣٩) – الإنصاف (٢/ ٤٦٣) - كشاف القناع (٢/ ٧٦)- كشف المخدرات (١/ ٢١٥).

(٣) ينظر: القوانين الفقهية ص٤٦٥.

(٤) الحديث أخرجه البخاري، كتاب المرضى، باب فضل من يصرع من الريح برقم (٥٦٥٢)، ومسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب ثواب المؤمن فيما يصيبه من مرض أو حزن برقم (٢٥٧٦). ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١١٦) - صحيح مسلم (٤/ ٩٩٤).

(٥) ينظر: عمدة القاري (٢١/ ٢١٥) - مرقاة المفاتيح (٣/ ١٤٧) – شرح ابن بطال (٦/ ٣٧٦) – المجموع (٥/ ١٠٦) - الإفصاح (٣/ ٤٦) - نيل الأوطار (٨/ ٢٣٣) - التداوي بالمحرمات، الفريان (١/ ٦٨٨).

ونوقش : بأن هذه قضية عين لا عموم لها ، فقد علم النبي ﷺ أن مرض هذه المرأة لا يرجى برؤه، وأن صبرها خير لها[(١)]، والمرأة إنما طلبت الدعاء، ولم تطلب الدواء، ودعاء المسلم لنفسه ولغيره لا ينافي الأمر بالتداوي، ولا يعارضه، سواءً كان ذلك في حال المرض أو في حال الصحة[(٢)].

الدليل الثاني: أن طائفة من الصحابة والسلف تركوا التداوي، كأبي بكر الصديق[(٣)]، وابن مسعود[(٤)] رضي الله عنهما، وسعيد بن جبير، وغيرهم، وفعله قبلهم بعض الأنبياء عليهم السلام، وتركهم له دليل على أن فعل التداوي خلاف الأولى[(٥)].

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن بعض هذه الآثار فيها ضعف ،وإن صحت فهي محض اجتهاد، وفعل النبي ﷺ أولى.

---

(١) ينظر: زاد المعاد (٤/ ٧٠)- التجارب الطبية، العثمان ص٧٦

(٢) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٧٧ - التداوي بالمحرمات، الفريان (١/ ٦٨٨).

(٣) عن أبي السفر قال: دخل على أبي بكر ناس من إخوانه يعودونه في مرضه، فقالوا: يا خليفة رسول الله ﷺ، ألا ندعو لك طبيباً ينظر إليك، قال: (قد نظر إلي)، قالوا: فماذا قال لك؟ قال: قال: إني فعال لما أريد. أخرجه أحمد في الزهد، وابن السري في الزهد، وابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٣٤٤٤٠)، وأبو نعيم في الحلية، وإسناده منقطع. ينظر: الزهد، ابن حنبل ص١٤٠ - الزهد، ابن السري(١/ ٢٣٠) - المصنف (٧/ ٩٣) - حلية الأولياء(١/ ٣٤)

(٤) ورد أن عثمان بن عفان رضي الله عنه عاد ابن مسعود رضي الله عنه في مرضه الذي قبض فيه، فقال له: ما تشتكي؟ قال: ذنوبي، قال: فما تشتهي ؟ قال: رحمة ربي، قال: ألا ندعو لك الطبيب، قال: الطبيب أمرضني. أخرجه البيهقي في الشعب برقم (٢٢٦٧)، وابن عبدالبر في التمهيد، وحكم عليه الزيلعي بالضعف ؛ لانقطاعه، ونكارة متنه، وضعف رواته. ينظر: شعب الإيمان، البيهقي، (٤/ ١١٨) - التمهيد (٥/ ٢٦٩) - تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف (٣/ ٤١١-٤١٤).

(٥) ينظر: الزهد، هناد (١/ ٢٣٠) – التمهيد (٥/ ٢٦٩-٢٧٠) - الجامع لأحكام القرآن (١٠/ ١٣٩) - مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢١/ ٥٦٤) – الطب النبوي، الذهبي ص٢٢١.

الوجه الثالث: أن ترك بعض الصحابة والسلف للتداوي إنما كان لأسباب خاصة ككون العلة مزمنة، والدواء موهوم نفعه، أو رغبة في زيادة الأجر والثواب، أو انشغالاً عن التداوي، وغيرها[١].

ثالثاً: من المعقول: أن ترك التداوي أقرب إلى التوكل؛ لأن النافع والضار حقيقة هو الله ﷻ، والدواء لا ينفع بذاته، وقد تداوى كثير من الناس فلم ينتفعوا[٢].

ونوقش: بأن الأدوية من قدر الله، ولا يخرج شيء عن قدره، والتداوي لا ينافي التوكل، وقد فعله سيد المتوكلين ﷺ، والشفاء قد يتخلف أحياناً للجهل بتشخيص الداء، أو طريقة علاجه[٣].

القول الثالث: أن التداوي مباح، وقد نسبه ابن عبدالبر وغيره إلى جمهور الفقهاء[٤]، وهذا القول هو مذهب الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، وحكي الاتفاق عليه[٧].

---

(١) ينظر: إحياء علوم الدين (٤/ ٢٨٧) - الأحكام النبوية في الصناعة الطبية ص٣٣٠ - إرشاد الساري (٣/ ٩٩) - التداوي بالمحرمات، الفريان (١/ ٦٨٩) - التجارب الطبية ص٧٩ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٦٨.

(٢) ينظر: كشاف القناع (٢/ ٧٦) - شرح المنتهى (١/ ٣٤١).

(٣) ينظر: عمدة القاري (٢١/ ٣٣٠) - مرقاة المفاتيح (٣/ ١١٤٧) - إكمال المعلم (٧/ ١١٩) - الذخيرة (١٣/ ٣٠٧) - النجم الوهاج (٣/ ٩٥) - فتح الباري (١/ ٣٥٥) - تحفة المحتاج (٣/ ١٨٢) - زاد المعاد (٤/ ١٥).

(٤) ينظر: التمهيد (٥/ ٢٧٩) - الجامع لأحكام القرآن (١٠/ ١٣٩).

(٥) ينظر: المبسوط (٣٠/ ٤٥٥) - الهداية (٤/ ٣٨١) - تبيين الحقائق (٦/ ٣٢) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٨٩).

(٦) ينظر: التفريع (٢/ ٣٥٦)- التمهيد (٥/ ٢٧٣، ٢٧٩) - الذخيرة (١٣/ ٣٠٧) - مواهب الجليل (٢/ ٤٢٥).

(٧) ينظر: الهداية (٤/ ٣٨١) - مجمع الأنهر (٢/ ٥٥٥) - المقدمات الممهدات (٣/ ٤٦٦) - جامع الأمهات ص٥٦٨ - الطب النبوي، الذهبي ص٢٢٠ - فيض القدير(٤/ ٣٤٧)- كشاف القناع (٢/ ٧٦).

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: الأدلة التي استدل بها القائلون بأن التداوي مندوب، والتي فيها أمر بالتداوي، وفعل له، وحث عليه، ، وحملوا ذلك على الإباحة؛ لأنها أقل درجات الأمر[١]، ولأن السؤال كان عن الإباحة، فيكون الجواب مثله للإباحة[٢]، وقد تضمن جواب النبي ﷺ نفي الحرج، وذلك دليل الإباحة[٣].

ثانياً: الأدلة التي تتضمن الرخصة والتخيير، ومنها ما يلي:

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة سوداء أتت النبي ﷺ ، قالت: إني أصرع وإني أتكشف، فادع الله لي، قال: (إن شئت صبرت ولك الجنة، وإن شئت دعوت الله أن يعافيك)، قالت: أصبر، قالت: فإني أتكشف فادع الله أن لا أتكشف فدعا لها[٤].

الدليل الثاني: عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن ناساً من عرينة[٥] قدموا على رسول الله ﷺ المدينة، فاجتووها[٦]، فقال لهم رسول الله ﷺ :(إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة، فتشربوا من ألبانها وأبوالها)، ففعلوا..)[٧].

---

(١) ينظر: كشف الأسرار(١/ ٧٤) – عمدة القاري (٣/ ١٤٤) - شرح الزرقاني (٣/ ١٠٢) - قواطع الأدلة(١/ ١٤٧)

(٢) ينظر: عون المعبود (١٠/ ٢٣٩).

(٣) ينظر: معالم السنن (٤/ ٢١٧).

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٤٠٨.

(٥) عُرَينة: بضم العين، وفتح الراء، نسبة إلى عرينة بن نذير بن قسر بن عبقر، بطن من بجيله، ويقال في نسبة الواحد إليهم: عريني، وعرني، بضم العين فيهما. ينظر: الأنساب (٤/ ١٨٢، ١٨٦) - اللباب (٢/ ٣٣٦).

(٦) اجْتَووها: استوخموها، وكرهوها، ولم توافقهم. ينظر: تهذيب اللغة (١١/ ١٥٦) - شرح النووي (١١/ ١٥٤).

(٧) الحديث أخرجه البخاري كتاب الزكاة، باب استعمال إبل الصدقة وألبانها برقم (١٥٠١)، =

الدليل الثالث: عن عائشة رضي الله عنها قالت: (رخص النبي صلى الله عليه وسلم الرقية من كل ذي حُمَة[(١)])[(٢)].

وجه الدلالة: أن هذه الأحاديث تضمنت التخيير بين فعل التداوي، وتركه، وجعلت ذلك من باب الرخص، والتخيير دليل جواز الأمرين، وأن التداوي من قبيل المباحات[(٣)].

ثالثاً: الإجماع على إباحة التداوي[(٤)]، ففي المقدمات الممهدات: "لا اختلاف فيما أعلمه في أن التداوي بما عدا الكي من: الحجامة، وقطع العروق، وأخذ الدواء مباح في الشريعة غير محظور"[(٥)].

وفي الهداية: " التداوي مباح بالإجماع "[(٦)].

ويمكن أن يناقش: بأن الإجماع غير مسلم؛ لوجود المخالف.

رابعاً: **من المعقول**، وذلك من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن إباحة التداوي من سنة المسلمين المروية عن

= ومسلم كتاب القسامة، باب حكم المحاربين والمرتدين برقم (١٦٧١). ينظر: صحيح البخاري(٢/ ١٣٠) - صحيح مسلم (٣/ ١٢٩٦).

(١) الحُمَة: السم، وقد يشدد، ويطلق على إبرة العقرب ؛ للمجاورة، لأن السم يخرج منها. ينظر: غريب الحديث، القاسم بن سلام (٢/ ٤٠) - النهاية في غريب الحديث (١/ ١٠٥٤) - لسان العرب (١٤/ ١٩٧).

(٢) الحديث أخرجه البخاري كتاب الطب، باب رقية الحية والعقرب برقم (٥٧٤١)، ومسلم كتاب السلام، باب استحباب الرقية من العين برقم (٢١٩٣). ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١٣٢) - صحيح مسلم (٤/ ١٧٢٤).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢١/ ٥٦٤).

(٤) ينظر: الهداية (٤/ ٣٨١) - مجمع الأنهر (٢/ ٥٥٥) - المقدمات الممهدات (٣/ ٤٦٦) - جامع الأمهات ص٥٦٨ - الطب النبوي، الذهبي ص٢٢٠ - فيض القدير (٤/ ٣٤٧) - كشاف القناع (٢/ ٧٦).

(٥) المقدمات الممهدات (٣/ ٤٦٦).

(٦) الهداية (٤/ ٣٨١).

نبيهم ﷺ ، ومع ذلك فقد كان من سلف الأمة وخيارها من يصبرون على الأمراض، ويتركون التداوي، مما يدل على إباحته؛ إذ لو كان التداوي واجباً أو مستحباً للحقهم الذم بتركه(١).

الوجه الثاني: أن التداوي سبب يرجى منه الشفاء كالتسبب لطلب الرزق، وطلب الرزق مباح، فكذلك التداوي(٢).

الوجه الثالث: أن في التداوي تقوية لنفس المريض والطبيب، وحث لهما على طلب الدواء والتفتيش عليه، فإن المريض إذا استشعرت نفسه أن لدائه دواء يزيله، انفتح له باب الرجاء، وكذلك الطبيب إذا علم أن لهذا الداء دواء أمكنه طلبه والتفتيش عليه(٣).

القول الرابع: أن التداوي قد يكون واجباً، وقد يكون مستحباً، وقد يكون مباحاً، وقد يكون محرماً، وقد يكون مكروهاً، فقد ذهب بعض الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن التداوي واجب على المريض إذا خشي الهلاك، وقطع بإفادة الدواء، أو غلب ذلك على ظنه(٤)، كما ذهب بعض فقهاء المالكية إلى كراهية التداوي قبل نزول الداء(٥)، واختار القول بأن التداوي تعتريه الأحكام الخمسة ابن تيمية(٦)، وعدد من الفقهاء المعاصرين(٧)، وصدر به دون ذكر الحرمة قرار المجمع

---

(١) ينظر: التمهيد (٥/ ٢٧٣، ٢٧٩) - الموافقات (٢/ ٢٦٢).

(٢) ينظر: التمهيد (٥/ ٢٦٤).

(٣) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٦).

(٤) ينظر: الفتاوى الهندية (٥/ ٣٥٥) - الشرح الصغير، الدردير (٤/ ٧٧٠) - تحفة المحتاج (٣/ ١٨٢) - حاشيتا قليوبي وعميرة (١/ ٤٠٣) - حواشي التحفة (٣/ ١٨٣) - الفروع (٣/ ٢٣٩) - الإنصاف (٢/ ٤٦٣).

(٥) ينظر: المسالك في شرح موطأ مالك (٧/ ٤٥٢) - الذخيرة (١٣/ ٣١٠).

(٦) ينظر: مجموع الفتاوى (١٨/ ١٢).

(٧) ينظر: الشرح الممتع (٥/ ٢٣٤) - الجراحة التجميلية ص٩٠ – البنوك الطبية ص٣٣ - القواعد =

الفقهي الإسلامي الدولي[١].

وقد ذهب القائلون بهذا القول إلى تفصيل أحوال التداوي فقالوا: يكون التداوي واجباً متى تيقن المريض أو غلب على ظنه الانتفاع به، وكان في تركه إلحاق للضرر به، كذهاب نفسه، أو بعض أعضائه ومنافعه، أو كان في ترك التداوي إلحاق للضرر بالآخرين كنقل العدوى لهم، ويكون مستحباً إذا علم المريض أو غلب على ظنه انتفاعه بالتداوي، ولم يكن في تركه ضرر يلحقه، أو يلحق غيره، ويكون مباحاً إذا تساوى التداوي وعدمه، ولم يكن في تناوله ضرر، ويكون مكروهاً إذا خشي منه الضرر، وكانت مفاسده أكثر، ويكون محرماً إذا علم المريض أو غلب على ظنه أن يلحقه الضرر، أو كان التداوي بمحرم[٢].

واستدل أصحاب هذا القول:

أولاً: أن الأدلة الشرعية دالة على اعتبار حكم لكل حالة من حالات التداوي، ولا يمكن اجتماع الأدلة إلّا بحمل كل حالة على ما يلاقيها[٣].

ثانياً: أن الدواء له أحوال من حيث النفع والضرر، تختلف باختلاف المرض والمريض، وإجراء حكم واحد لجميع الحالات لا يتفق مع ما تقرره الشريعة من " أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال

= الفقهية المتعلقة بالتداوي، السراح ص٢٣ – التجارب الطبية ص٨٣ - التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، الجاسر (١/ ١٨٧) - التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، الصاعدي (١/ ٢٤٥) - التداوي بالمحرمات، الخميس (١/ ١٠٠٦).

(١) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد (٧) (٣/ ٧٣١).

(٢) ينظر: الجراحة التجميلية، الفوزان ص٩٠ – التجارب الطبية ص٨٣

(٣) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٥٦.

الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل "[١]

ثالثاً: أن قواعد الضرر، ومقاصد الشريعة في رعاية المصالح الفردية والجماعية، والموازنة بين المصالح والمفاسد، واعتبار الوسائل، والغايات تؤيد هذا القول[٢].

رابعاً: أن هذا القول يتفق مع الواقع؛ حيث إن التداوي يختلف باختلاف الأحوال، والأشخاص، والأدوية المستعملة[٣].

ويمكن أن تناقش هذه الأدلة من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن بعض الأدلة لا تتوافق مع هذا التقسيم، كحديث المرأة التي كانت تصرع، وغيرها[٤].

الوجه الثاني: أن تنزيل كل حالة على حكم من الأحكام الخمسة يختلف بين الفقهاء، وقد ذكر المجمع الفقهي صوراً لحالة الكراهة خالفه فيها بعض الفقهاء المعاصرين.

الترجيح: الذي يترجح أن التداوي مباح من حيث الأصل، يستوي في ذلك فعله وتركه، ولكنه قد يخرج عن الإباحة إلى غيرها إذا كان وسيلة إلى غيره، فإن كانت الوسيلة محرمة، أو كان وسيلة إلى محرم فهو حرام، وإن كان التداوي وسيلة إلى مأمور به صار واجباً، وإذا لم يكن وسيلة إلى شيء فهو المباح المطلق، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي:

---

(١) الموافقات (٥/ ١٧٧).

(٢) ينظر: القواعد الفقهية المتعلقة بأحكام التداوي، السراح ص٢٣.

(٣) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الصفحة.

(٤) ينظر: الإذن في إجراء العمليات الطبية، الجبير ص١٨.

أولاً: أن القول بإباحة التداوي قد حكي الاتفاق عليه، وهو الذي تجتمع به الأدلة.

ثانياً: أن إعطاء التداوي حكماً مطلقاً من حيث الوجوب، أو الحرمة، أو الندب، أو الكراهة غير مُسَلَّم، ويتبين ذلك من خلال ما يلي:

أ - القول بوجوب التداوي مطلقاً قد نقل الإجماع على خلافه[(١)]، وفي ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله: " ولست أعلم سالفاً أوجب التداوي "[(٢)].

ب - القول بحرمة التداوي مطلقاً قول منسوب إلى غلاة الصوفية، وحقه ألَّا يلتفت له في الخلاف الفقهي؛ لأن غلاة الصوفية ليست أقوالهم معتبرة في أبواب الخلاف الفقهي.

ج - القول بأن التداوي مندوب مطلقاً، أو مكروه مطلقاً قول يخالف الإجماع المحكي على إباحته، وقد جاء في فيض القدير: " التداوي مباح، وهو إجماع، على ما في الهداية للحنفية، وكأنه لم يلتفت للخلاف فيه؛ لضعفه جداً "[(٣)]، فنتج عن هذا أن القول بإباحة التداوي هو القول المعتبر في هذه المسألة.

ثالثاً: القول بأن التداوي مباح في أصله يختلف عن القول بأنه تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة؛ ذلك أن القول بأنه تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة فيه نظر إلى العوارض التي قد تعرض للتداوي، وأما القول بإباحة التداوي ففيه نظر إلى حكم التداوي عند الإطلاق، والقول بالإباحة لا ينافي اعتبار نقله عن حكم الإباحة إلى حكم آخر باعتبار العوارض، فإن العوارض تؤثر في الأحكام بحسب ما يرافقها من قرائن وأحوال، فكذلك هنا في التداوي، حيث إنها قد تنقل حكم التداوي من الإباحة إلى الوجوب، أو الحرمة، أو الكراهة، أو غيرها.

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢١/ ٥٦٤) - الطب النبوي ص٢٢١.

(٢) مجموع الفتاوى (٢١/ ٥٦٤).

(٣) فيض القدير (٤/ ٣٤٧).

المبحث الثاني

حكم العقد الطبي

العقد الطبي من العقود المشروعة المباحة من حيث الأصل، ويؤيد ذلك ما يلي:

أولاً: أن الأصل في العقود والشروط الإباحة[1]؛ وذلك لأن

---

(١) اختلف الفقهاء في مسألة الأصل في العقود والشروط، واضطرب الفقهاء المعاصرون في نقل مذاهب العلماء في ذلك، فذهب بعضهم إلى أن الأصل عند المذاهب الأربعة المنع والحظر، ونسب بعضهم المنع إلى الحنفية والشافعية، وقصر بعضهم القول بالإباحة على الحنابلة، وذهب البعض إلى أن الأصل عند المذاهب الأربعة الإباحة، وسبب هذا الخلاف في نسبة الأقوال: عدم التصريح، واختلاف النقل بين ابن حزم وابن تيمية رحمهما الله، والأقرب: أن المذاهب الأربعة على القول بالإباحة، وقال الظاهرية بالمنع، واستدل ابن حزم الظاهري: بأن كل عقد ووعد وشرط لم يرد في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده فهو باطل، والقول بأن الأصل في العقود والشروط الصحة فيه تعدٍ لحدود الله، بينما استدل الجمهور بأدلة التراضي في العقود، والوفاء بها، وقالوا: لما أمر الله بالوفاء بالعقود والعهود اقتضى ذلك إباحتها، والعقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، والظاهر من العقود الجارية بين المسلمين صحتها، فيتمسك بهذا الظاهر، وفي ذلك تحقيق لمصالح العباد، ورفع للحرج عنهم، وأجابوا عن ابن حزم فقالوا: المراد بالعقود والشروط التي ليست في كتاب الله: ما كانت منافية لما جاء في كتاب الله، أو كانت شروطاً غير مباحة. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٨٧) - شرح التلويح (١/ ٨٧) - عمدة القاري (١١/ ١٦٠) - قواعد الفقه، البركتي ص٣٧ - المسالك في شرح موطأ مالك (٦/ ١٠) - الموافقات (١/ ٤٤٠) - مواهب الجليل (٤/ ٢٣) - الأم (٣/ ٣) - المجموع (١٠/ ٢٢، ٢٥) - الأشباه والنظائر، السبكي (١/ ٢٧٥) - إرشاد الساري (٤/ ٣) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٢٦، ١٢٧، ١٣٢، ١٣٣) - إعلام الموقعين (١/ ٢٥٩) - جامع العلوم والحكم (٢/ ١٦٦) - المحلى (٧/ ٣٤) - الإحكام، ابن حزم (٥/ ٥، ١٥، ٢٥) - المدخل في الفقه، مدكور ص٦٥٢ - ضوابط العقد، التركماني ص٢٩٦ وما بعدها - الشرط الجزائي اليمني ص١١٩ - ١٢٢ - استحداث العقود ص٥٨ - ٧٢.

مقصود العقد الوفاء به، والله ﷻ قد أمر العباد أن يحققوا مقاصد العقود، وفي ذلك دليل على أن الأصل في العقود والشروط الصحة والإباحة[١]، ولأن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين صحتها وانعقادها؛ حيث لم توضع إلَّا لذلك[٢]

قال الإمام الشافعي رحمه الله " فأصل البيوع كلها مباح، إذا كانت برضا المتبايعين، الجائزي الأمر، فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله - ﷺ - منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله - ﷺ - محرم بإذنه، داخل في المعنى المنهي عنه، وما فارق ذلك أبحناه"[٣].

وبذلك يتبين أن العقد الطبي من العقود المباحة.

ثانياً: أن العقد الطبي قد جرى عليه عمل الناس، وتعارفوا عليه، "والحكم بين المسلمين في معاملاتهم، وأخذهم، وإعطائهم على المتعارف بينهم "[٤]، فإنَّ " تعامل الناس من غير نكير مُنْكِر أصلٌ في الشرع "[٥]، " وما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن، على خلاف، أو وفاق"[٦]، " وموجبات العقود تتلقى من اللفظ تارة، ومن العرف تارة أخرى "[٧].

ثالثاً: أن القول بمشروعية العقد الطبي موافق لقواعد الشريعة

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٤٦).

(٢) ينظر: شرح التلويح (١/ ٨٧) - تيسير التحرير (٢/ ٤٢٩) - الفروق، القرافي (٤/ ١٦٣) - المنثور (١/ ٣٩٧).

(٣) الأم (٣/ ٣).

(٤) تهذيب الآثار، مسند علي بن أبي طالب، الطبري ص٢٥١.

(٥) المبسوط (١٣/ ١٤٢).

(٦) المعيار المعرب (٦/ ٤٧١).

(٧) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٤/ ٩١).

ومقاصدها، ويسرها، وسماحتها، فإن في العقد الطبي تحقيقاً لمصالح الناس، وقضاءً لحاجاتهم، ودفعاً للحرج عنهم، و"مطلوب الشرع إنما هو مصالح العباد في دينهم ودنياهم "[(١)]، و"الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد "[(٢)].

قال الشاطبي " الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني...، فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد "[(٣)]

ولا شك أن العقد الطبي مما تقتضيه حاجات الناس كلهم، ولا يكاد يستغني عنه أحد، فإن الناس بحاجة إلى التداوي، والعقد الطبي هو وسيلتهم إلى ذلك، والمنع منه موقع للناس في الحرج، والحرج مدفوع قبل وقوعه، مرفوع بعد وقوعه.

رابعاً: أن العقد الطبي لا يخرج عن إلحاقه بالعقود المشروعة من الإجارة، أو الجعالة، أو البيع، وهو وإن كان لم يعرف بهذا المسمى (العقد الطبي) أو (عقد العلاج) في كتب الفقهاء المتقدمين، إلَّا أنهم لم يغفلوا عن تناوله ضمن أبواب الإجارة، والجعالة، وبذلك فليس غريباً عن العقود المشروعة، بل هو ملحق بها، مخرَّج عليها، وتلك العقود عقود مشروعة مباحة، وما ألحق بها يأخذ حكمها.

خامساً: أن العقد الطبي متعلق بحكم التداوي، وقد تبين أن التداوي عمل مباح من حيث الأصل.

وحيث تبين أن العقد الطبي عقد مشروع مباح من حيث الأصل، إلَّا أنه قد ينتقل عن الإباحة إلى غيرها من الأحكام إذا عرض له

---

(١) قواعد الأحكام (١/ ٣٧).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ١١).

(٣) الموافقات (٢/ ٥٢٠).

عارض، أو احتفت به بعض الأحوال والقرائن المؤثرة، فقد يكون العقد الطبي واجباً إذا تضمن إنقاذ نفس معصومة من الهلاك، وقد يكون محرماً إذا كان التعاقد على عمل محرم، أو بوسيلة محرمة، أو كان يؤدي إلى أمر محرم.

المبحث الثالث

الجمع بين عقدين أو صفتين في العقد الطبي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الجمع بين عقدين في العقد الطبي

المطلب الثاني: الجمع بين صفتين في العقد الطبي.

المطلب الأول
الجمع بين عقدين في العقد الطبي

وفيه فرعان:

الفرع الأول
صور الجمع بين عقدين في العقد الطبي

تبين من خلال التكييف الفقهي للعقد الطبي أنه لا يخرج عن الإجارة، والجعالة، والبيع، ولذلك سأذكر في هذا الفرع أمثلة وصوراً لاجتماع أحد هذه العقود مع الآخر في العقد الطبي.

ومن أمثلة ذلك في الجمع بين الإجارة والبيع:

المثال الأول: أن يتعاقد المريض مع الطبيب عقد إجارة على أن يقوم الطبيب بفحصه، وتشخيصه، وعلاجه بألف ريال، ثم يقوم المريض بشراء الدواء من عند الطبيب بألف ريال سعودي.

المثال الثاني: أن يتعاقد المريض مع الطبيب على أن يقوم الطبيب بعلاجه، وتوفير الدواء(١).

المثال الثالث: أن يقول الطبيب للمريض: سأقوم بفحصك ومعالجتك وأبيعك الدواء بمبلغ ألف ريال سعودي، ودون أن يتبين المبلغ الذي يخص الفحص والمعالجة من المبلغ الذي يخص ثمن الدواء.

---

(١) ينظر: الذخيرة (٤٢٣) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٥) - المغني (٥/ ٤٠٠) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٣)

ومن أمثلة ذلك في الجمع بين الإجارة والجعالة:

المثال الأول: أن يتعاقد المريض مع الطبيب عقد إجارة على أن يقوم الطبيب بفحص أسنانه بمبلغ ألف ريال سعودي، ويقول المريض له: ما استطعت علاجه من الأسنان دون خلعه فلك عنه مئة ريال سعودي.

المثال الثاني: أن يقول المستشفى للطبيب الذي يعمل فيه: افحص هؤلاء المرضى، كل مريض بمئة ريال سعودي، وأي مريض وجدته مصاباً بمرض معد فداويته حتى يشفى فلك عنه ألف ريال سعودي.

ومن أمثلة ذلك في الجمع بين البيع والجعالة:

المثال الأول: أن يقول المريض للطبيب: سأعاقدك على علاجي حتى ابرأ، فإن برأت أعطيتك الجعل، وإن لم ابرأ فلن أعطيك شيئاً، والدواء يكون عليك[١].

المثال الثاني: أن يقول الطبيب للمريض: سأداويك حتى تشفى، وأبيعك الدواء بمبلغ ألف ريال سعودي، دون أن يحصل تمييز بين مبلغ المداواة وثمن الدواء.

---

(١) ينظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب (٢/ ١٩٧).

الفرع الثاني
حكم الجمع بين عقدين في العقد الطبي

سينتظم الكلام في هذه المسألة فيما يلي:

أولاً: الاجتماع يؤثر في الأحكام:

والمراد: أن العقود إذا اجتمعت، وتركبت فإن حكمها حال الاجتماع يختلف عن حكمها حال الانفراد.

قال الشاطبي رحمه الله: " الاستقراء من الشرع عَرَّف أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا تكون حالة الانفراد، ويستوي في ذلك الاجتماع بين مأمور ومنهي مع الاجتماع بين مأمورين أو منهيين " وقال: للاجتماع حكم ليس للانفراد، وللانفراد حكم ليس للاجتماع(١). وقرر الفقهاء أنه " يغتفر عند الانفراد ما لا يغتفر عند الاجتماع "(٢).

ثانياً: حكم اجتماع العقود:

اجتماع العقود لا يخرج غالباً عن ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محلين بعوض واحد.

ومثال ذلك في العقد الطبي: أن يتعاقد المريض مع الطبيب عقد إجارة على أن يقوم الطبيب بفحص قدمه، وتشخيصها، مع شراء المريض

---

(١) ينظر: الموافقات (٣/ ٤٦٩-٤٧٠).

(٢) ينظر: المنثور (٣/ ٣٧٩) - موسوعة القواعد الفقهية، البورنو (١٢/ ٤٠٤).

دواء لألم مفاصله من عند الطبيب بألف ريال سعودي.

اختلف الفقهاء في اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محلين بعوض واحد(١)**، وخلافهم في ذلك على ثلاثة أقوال:**

القول الأول: لا يجوز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محلين بعوض واحد، وهذا قول عند الشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة)(٤).

الدليل الثاني: عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن

---

(١) الصفقة هنا تعتبر متحدة، وقد بين الإمام الغزالي ذلك بقوله: " إذا اتحد البائع والمشتري والعوض اتحدت الصفقة، وتتعدد بتعدد البائع قطعاً، وكذا بتعدد العوض، فإذا قال: اشتريت عبدك بدينار، واستأجرت جاريتك بدرهم كانت الصفقة متعددة، فإذا قال: اشتريت العبد واستأجرت الجارية بدينار فعند ذلك تتحد " ينظر: الوسيط (٣/ ٩٥)، فهنا لما قال المريض: تفحص قدمي، وأشتري من عندك دواء لألم مفاصلي بألف ريال اعتبرت الصفقة متحدة، وكان ذلك من قبيل عقدين مختلفين: البيع والإجارة، على محلين: القدم، والمفاصل، بثمن واحد.

(٢) ينظر: الحاوي (٥/ ٣٢٠) - نهاية المطلب (٥/ ٣١٣) - المجموع (٩/ ٣٨٨-٣٨٩) - روضة الطالبين (٣/ ٤٣١).

(٣) ينظر: المغني (٤/ ١٧٨) - الكافي (٢/ ٢٠)- المبدع (٤/ ٤٠) - الإنصاف (٤/ ٣٢١) .

(٤) الحديث أخرجه مالك في الموطأ بلاغاً برقم (٢٤٤٤)، وأحمد في مسنده برقم (٣٤٦١)، والترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة برقم (١٢٣١)، والنسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة برقم (٤٦٣٢)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١١٩٥)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه ابن الملقن، وحسنه الألباني. ينظر: الموطأ (٤/ ٩٥٧) – المسند(١٥/ ٣٥٨) – سنن الترمذي(٢/ ٥٢٤) – سنن النسائي (٧/ ٢٩٥) – السنن الكبرى، البيهقي(٥/ ٣٤٣) – البدر المنير (٦/ ٤٩٦) - إرواء الغليل (٥/ ١٤٩)

صفقتين[١] في صفقة واحدة)[٢].

وجه الدلالة من الحديثين: أن الحديثين تضمنا النهي عن بيعتين في بيعة، وصفقتين في صفقة، فيحملان على ظاهرهما، ولا يجوز اجتماع عقدين في عقد[٣].

ونوقشت هذه الأدلة: بأن العلماء حملوا هذه الأحاديث على معانٍ منها: الغرر الناشيء عن التردد في تعيين العقد، أو المعقود عليه، أو الثمن، ومنها: أن المراد كل بيع يؤول إلى الربا، كالزيادة مقابل الأجل، وبيع العينة[٤]، ومنها: أن المراد الجمع بين بيع وشرط، ومنها: حمل ذلك على بيع ما لا يملكه البائع[٥].

---

(١) الصفقة في اللغة: ضرب اليد في البيع، وفي الاصطلاح: عبارة عن العقد نفسه، وسميت بذلك ؛ لأن العادة من المتعاقدين جارية أن يصفق كل واحد منهما على يد صاحبه عند تمام العقد وإبرامه، وأصلها: الاجتماع على الشيء ينظر: المحكم (٦/ ٢١٢) - المغرب (١/ ٤٧٦) - الحدود الأنيقة ص٧٤ - المطلع ص٢٧٧.

(٢) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٣٧٨٣)، والبزار برقم (٢٠١٧)، واختلف في رفعه ووقفه. ينظر: مسند أحمد (٦/ ٣٢٤) - البحر الزخار (٥/ ٣٨٤) - الدراية (٢/ ١٥٢) - إرواء الغليل (٥/ ١٤٩).

(٣) ينظر: مرقاة المفاتيح (٥/ ١٩٣٨) – شرح صحيح البخاري، ابن بطال (٦/ ٢٩٤) – التوضيح (١٤/ ٤٢٣).

(٤) العينة: العدول عن القرض إلى بيع عين بذاتها للمستقرض بسعر أغلى، وعند أكثر الفقهاء: بيع الشيء نسيئة بثمن، ثم شراؤه ممن باعه إياه نقداً بثمن أقل. ينظر: المغرب (٢/ ٩٥) - شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٦٤) - التعاريف ص٥٣١ - المبدع (٤/ ٤٨)- معجم لغة الفقهاء ص٢٩٥.

(٥) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٩) - الهداية (٣/ ٤٩)- الجوهرة النيرة (١/ ٢٠٣) - الاستذكار (٦/ ٤٤٨) - المنتقى (٥/ ٣٦) - المسالك (٦/ ١٤٦)- الأم (٣/ ٣٤) - الحاوي (٥/ ٣٤١) - نهاية المطلب (٥/ ٤٣٦) - المجموع (٩/ ٣٣٨) - الشرح الكبير (٤/ ٥٣) - تهذيب سنن أبي داود (٤/ ١٧٠٦) – الإنصاف (٤/ ٣٥٠) - شرح المنتهى (٢/ ٣١)- قضايا فقهية معاصرة، حماد ص١٧٣ – حكم اجتماع العقود، عزام ص٧٠-٧٢.

الدليل الثاني: أن أحكام العقود المجتمعة مختلفة متباينة، ولا يمكن حمل العقد على أحدها دون الآخر، إذ ليس أحدها بأولى من الآخر، فبطل الجميع، فالبيع على سبيل المثال لايصح مؤقتاً، ولا ينفسخ بالتلف بعد القبض، ويضمن فيه المبيع بمجرد البيع، بينما الإجارة تؤقت، وتنفسخ بالتلف بعد القبض[(١)].

ونوقش: بأن اختلاف حكم العقدين لا يمنع صحة العقد، قياساً على ما لو جُمِع في البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لاشفعة فيه، فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر[(٢)].

الدليل الثالث: أن اجتماع هذه العقود قد يفضي إلى الجهالة بالثمن؛ إذ قد يعرض لهذه العقود عند اجتماعها ما يقتضي الفسخ، فلا يتمايز ما يخص كل منها من العوض، وجهالة الثمن مبطلة للعقد[(٣)].

ونوقش: بأن جهالة الثمن تنتفي بأن يُقَسَّم العوض على العقدين المجتمعين بقدر قيمتهما؛ حيث إن جميع الثمن معلوم، ويمكن التوصل منه إلى معرفة ما يقابل كل واحد منهما بواسطة التقويم[(٤)].

القول الثاني: لا يجوز الجمع بين البيع وبين أحد ستة عقود وهي الجعالة والصرف والمساقاة والشركة والنكاح والمضاربة، ويجوز الجمع بين البيع والإجارة، وهذا قول المالكية[(٥)].

---

(١) ينظر: الوسيط (٣/ ٩٥) - المجموع (٩/ ٣٨٨) - مغني المحتاج (٢/ ٣٩٩) - المغني (٤/ ١٧٨)- المبدع (٤/ ٤٠)

(٢) ينظر: المهذب (٢/ ٨٤) - المغني (٤/ ١٧٨) - المبدع (٤/ ٤٠).

(٣) ينظر: الوسيط (٣/ ٩٥) - البيان (٥/ ١١٢) - مغني المحتاج (٢/ ٣٩٩).

(٤) ينظر: البحر الرائق (٥/ ٢٨٧) -المهذب (٢/ ٢٥) - الإنصاف (٤/ ٣٢٠) - كشاف القناع (٣/ ٧٨).

(٥) ينظر: الكافي (٢/ ٦٤٠) - الذخيرة (٤/ ٣٩٢) - مواهب الجليل (٤/ ٣١٣) - الشرح الكبير (٣/ ٣٢).

واستدلوا على ذلك: بأن هذه العقود بينها تناف وتضاد في الأحكام[(١)]، و" كل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً "[(٢)]؛ ذلك أن العقود أسباب لتحصيل أحكامها، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتنافيين؛ لأن تنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات[(٣)].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن المحظور إنما هو الجمع بين عقدين مختلفين شروطاً وحكماً، إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار، وذلك إنما يكون حالة توارد العقدين على محل واحد في وقت واحد، فإذا تعدد المحل، وانتفى التضاد في الأحكام فلا حرج في اجتماع العقود[(٤)].

الوجه الثاني: أن هناك فرق بين الاختلاف والتباين، وبين التضاد والتناقض، فإذا كان العقدان متناقضين فإنه يمتنع اجتماعهما، أما إذ اختلفا وتباينا في الآثار والأحكام فإنه لا يمتنع اجتماعهما[(٥)].

القول الثالث: يجوز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محلين بعوض واحد، وهذا قول الحنفية[(٦)]، وقول عند

(١) ينظر: مناهج التحصيل (٦/ ٦٣) - مواهب الجليل (٤/ ٣١٣) - الشرح الكبير (٣/ ٣٢).
(٢) المسالك، ابن العربي (٦/ ١٤٤).
(٣) الفروق (٣/ ٢٦١) - الذخيرة (٤/ ٣٩٢).
(٤) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٣٠.
(٥) ينظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد ص ٢٦٦.
(٦) ينظر: المبسوط (١٤/ ٤٦) - بدائع الصنائع (٥/ ٣) - المحيط البرهاني (٧/ ١٢٤) - حاشية ابن عابدين (٨/ ٢٨٢)

المالكية[١]، والأصح عند الشافعية[٢]، والمذهب عند الحنابلة[٣].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الأصل في العقود الصحة والإباحة، واختلاف حكم العقدين لا يمنع صحة العقد، ولا يوجد دليل صريح يحرم الجمع بين عقدين في عقد واحد[٤].

الدليل الثاني: أن العقدين " عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة، فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين، كالعبدين "[٥].

الدليل الثالث: أن آحاد هذه العقود صحيحة، فلا مانع من اجتماعها، والعقد إذا اشتمل على أمرين كل منهما جائز على انفراده فلا يمنع اجتماعهما، فكل ما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً[٦].

ونوقش: بأن عقد القرض والبيع متى اجتمعا بطلا مع أن كلّاً منهما عقد صحيح بمفرده[٧].

وأجيب: بـ " أن السلف والبيع كل واحد منهما مباح على

---

(١) ينظر: القوانين الفقهية ص٢٨٣ - مواهب الجليل (٤/ ٣١٣) - الشرح الكبير (٣/ ٣٢) - البهجة (٢/ ١٤).

(٢) ينظر: الحاوي (٩/ ٢٤٢) - الوسيط (٣/ ٩٥) - المجموع (٩/ ٣٨٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٥).

(٣) ينظر: المغني (٤/ ١٧٨) - الشرح الكبير (٤/ ٣٩) - الإنصاف (٤/ ٣٢١) - كشاف القناع (٣/ ١٧٩).

(٤) ينظر: المهذب (٢/ ٨٤) - الكافي (٢/ ٢٠) - المبدع (٤/ ٤٠).

(٥) المغني (٤/ ١٧٨). وينظر: المبدع (٤/ ٤٠).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣) - حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢)- المجموع (٩/ ٣٣٨) - المبدع (٤/ ٤٠).

(٧) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٣٠.

الانفراد، وإنما منع اجتماعهما لما فيه من سلف جر منفعة "[(١)]، ولما كان اجتماع البيع ونحوه من عقود المعاوضة مع القرض يؤدي إلى الربا بقي ما عداه على أصل الجواز[(٢)].

الترجيح: الراجح القول الثالث المتضمن جواز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محلين بثمن واحد، ويؤيد هذا الترجيح: قوة أدلته، وموافقته لقاعدة الإباحة أصل في العقود، ولما فيه من مصالح معتبرة، ولأن الحاجة داعية إليه، ولعدم سلامة أدلة الأقوال الأخرى.

الحالة الثانية: اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محل واحد بعوض واحد.

ومثال ذلك في العقد الطبي: أن يقول الطبيب للمريض: بعتك الدواء، وأجرته لك بألفي ريـال سعودي

وهذه الصورة صرح فقهاء الشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)] بعدم جوازها، وهو مقتضى قول المالكية في منع اجتماع عقد البيع مع ما ذكروه من عقود غير الإجارة[(٥)].

واستدلوا: بأن كل عقد له حكمه وأثره، واجتماعه مع غيره بعوض واحد على محل واحد يؤدي إلى التنافي في الأحكام والآثار، فمن جمع بين بيع وإجارة فقال: بعتك داري هذه وأجرتكها بألف بطل في الكل؛

---

(١) مناهج التحصيل (٦/ ٢٩٣).

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٣٠.

(٣) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٢٣٣).

(٤) ينظر: النكت والفوائد السنية (١/ ٣٠٨) - كشاف القناع (٣/ ١٧٩).

(٥) ينظر: الكافي (٢/ ٦٤٠) - مناهج التحصيل (٦/ ٦٣) - الذخيرة (٤/ ٣٩٢)- مواهب الجليل (٤/ ٣١٣).

لأن من ملك الرقبة ملك المنافع فلا يصح أن يؤاجر منفعة ملكها عليه[١].

وفصل بعض الفقهاء فقال: اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محل واحد بعوض واحد له صورتان: الأولى غير جائزة، وهي أن يجتمع عقدان مختلفا الحكم في عقد واحد على محل واحد بعوض واحد في وقت واحد، والثانية جائزة، وهي أن يجتمع عقدان مختلفا الحكم في عقد واحد على محل واحد بعوض واحد في وقتين[٢].

الحالة الثالثة: اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محلين بعوضين متميزين:

ومثالها في العقد الطبي: أن يتعاقد المريض مع الطبيب عقد إجارة على أن يقوم الطبيب بفحصه، وتشخيصه، وعلاجه بألف ريال، ثم يقوم المريض بشراء الدواء من عند الطبيب بألف ريال سعودي.

وهذه الحالة لها صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون الجمع بين العقدين مشروطاً، كأن يقول الطبيب للمريض: سأقوم بفحصك، وتشخيصك، وعلاجك، بشرط أن تشتري الدواء من عندي، فهذه محل خلاف، وسيرد ذكرها.

الصورة الثانية: ألَّا يكون ذلك مشروطاً، فهذه الصورة جائزة؛ عملاً بقاعدة الأصل في العقود الإباحة، ولأنه لا محذور فيها[٣]، ولأن "

(١) ينظر: النكت والفوائد السنية (١/ ٣٠٨) - كشاف القناع (٣/ ١٧٩) - العقود المالية المركبة ص١٣٣.

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٣٤.

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٨٨) - إعلام الموقعين (٣/ ٢٦٥) - العقود المالية المركبة ص١٣١-١٣٢.

العقود المجردة عن شرط مقترن لا تغير أحكام العقود"[١].

وبالنظر والتأمل في حكم اجتماع العقود يتضح أن هناك ضابطاً يضبط ما يصح اجتماعه من العقود، وما لا يصح، وهذا الضابط هو: جواز الجمع بين العقود ما لم يؤد هذا الاجتماع إلى مآل ممنوع، كأن يتخذ وسيلة إلى الربا، أو الغرر، أو الاستغلال، أو كان العقدان متضادين وصفاً متناقضين حكماً[٢]، ويؤيد هذا الضابط ما يلي:

أولاً: أن هذا القول يوافق قاعدة " الأصل في العقود والشروط: الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً "[٣].

ثانياً: أن الأخذ بهذا القول فيه اعتبار للمآلات، فإن "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعًا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ"[٤].

ثالثاً: أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[٥]، فإذا قصد العاقدان من اجتماع العقود التوصل إلى عقد آخر

---

(١) رفع الملام عن الأئمة الأعلام ص٥٨.

(٢) استفدت هذا الضابط مما ذكره د. عبدالله العمراني في كتابة العقود المالية المركبة ص٣٨٩ - ٣٩٠، وما ذكره د. حمد عزام في بحثه المعنون بحكم اجتماع العقود.

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٢). وينظر: إعلام الموقعين (١/ ٢٥٩).

(٤) الموافقات (٥/ ١٧٧).

(٥) هذه القاعدة محل خلاف بين الفقهاء، فجمهور فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة يقدمون اعتبار المقصد والمعنى على اللفظ والمبني، وفقهاء الشافعية يقدمون اللفظ ما لم يقو جانب المعنى. ينظر: المبسوط (٧/ ٢٦٤) - بدائع الصنائع (٣/ ١٥٢) - غمز عيون البصائر (٢/ ٢٦٨) - مجلة =

محظور شرعاً، فإن هذا الاجتماع بهذا القصد يعد فاسداً؛ لأن العبرة بالعقد الذي قصده العاقدان، ولا عبرة بظاهر العقود التي أجراها كل منهما[١].

رابعاً: أن قاعدة " كل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً "[٢] قاعدة صحيحة، ومتى تحقق في العقود المجتمعة التضاد والتنافي لم يصح الاجتماع.

= الأحكام العدلية م (٣) ص٨٦ - الفروق (٣/ ٢٦٤) - الذخيرة (٤/ ٣٩٧) - البهجة (١/ ٥٧٥) - الأشباه والنظائر، السبكي (١/ ١٩٥) - الأشباه والنظائر، السيوطي ١٦٦ -حواشي التحفة (٤/ ٤٠٢) - إعلام الموقعين (٣/ ٧٨) - القواعد، ابن رجب ص٢٠٢.

(١) ينظر: حكم اجتماع العقود، حمد عزام ص٧٥.

(٢) المسالك في شرح موطأ مالك، ابن العربي (٦/ ٣٨).

المطلب الثاني
الجمع بين صفتين في العقد الطبي

وفيه فرعان:

الفرع الأول
صور الجمع بين صفتين في العقد الطبي

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: صور اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة في العقد الطبي:

اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة في العقد الطبي لها حالتان:

الحالة الأولى: اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة في المنشأة الطبية:

ومن أمثلة ذلك: أن يعمل الطبيب عند مستشفى خاص، يتقاضى أجره منه، ويخصص الوقت المتفق عليه للعمل عنده، ففي هذه الصورة يكون الطبيب أجيراً خاصاً بالنسبة إلى المستشفى، بينما يعتبر المستشفى الذي يقدم الخدمة الطبية أجيراً مشتركاً بالنسبة إلى المريض، فهنا الأجير المشترك، وهو المستشفى استأجر أجراء خاصين، وهم الأطباء.

ومن الأمثلة كذلك: أن يتفق بعض الأطباء أصحاب العيادات الطبية مع بعض زملائهم من الأطباء على أن يعملوا عندهم في أوقات معينة، فيكون هؤلاء الأطباء أجراء خاصين عند الأجراء المشتركين أصحاب

العيادات الطبية[1]، ومثله من يعمل مع الطبيب في عيادته الخاصة من ممرضين وأخصائيين.

فهنا اجتمعت الإجارة الخاصة والمشتركة في المنشأة الصحية، وتعتبر المنشأة الصحية أجيراً مشتركاً استأجر أجراء خاصين.

الحالة الثانية: اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة في الطبيب:

ومن أمثلة ذلك: أن يعمل الطبيب في الفترة الصباحية عند منشأة صحية، يتقاضى أجره منها، ويخصص وقته كله لها، ثم يكون لديه في المساء عيادة طبية يستقبل فيها المرضى، فالطبيب هنا يكون أجيراً خاصاً عند المنشأة الصحية، وأجيراً مشتركاً بالنسبة للمرضى.

ومن الأمثلة كذلك: أن يعمل الطبيب في عيادته في الفترة الصباحية، يستقبل المرضى، ويقوم بمدواتهم، ثم يذهب في الفترة المسائية للعمل عند رجل معين يشرف على حالته، ويقوم بعلاجه، ويهب وقته كله له، فالطبيب هنا يعتبر أجيراً مشتركاً بالنسبة للمرضى، وهو أجير خاص عند من استأجره ليتولى علاجه والإشراف على صحته.

فهنا الطبيب قد جمع بين الإجارة الخاصة في وقت معين، وباعتبار معين، والإجارة المشتركة في وقت آخر، وباعتبار آخر.

المسألة الثانية: صور الجمع بين المدة والعمل في العقد الطبي:

تقدم أن العقد الطبي في غالب صوره وأحواله عقد إجارة، وقد يكون في بعض الصور عقد جعالة، ولذلك سأذكر هنا مثالاً للجمع بين المدة والعمل في العقد الطبي في صورة الإجارة، ومثالاً آخر للجمع بينهما في صورة الجعالة.

---

(١) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص٤٥.

أولاً: الجمع بين المدة والعمل في العقد الطبي في صورة الإجارة:

من أمثلة ذلك: أن يقول المريض للطبيب: أريد أن تجري لي عملية استئصال الزائدة الدودية في ساعتين بألف ريال[1].

ومن الأمثلة: أن يقول الطبيب للمريض: سأقوم بعلاج سنك وحشوه في نصف ساعة بأربعمئة ريال.

فهنا حصل الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة.

ثانياً: الجمع بين المدة والعمل في العقد الطبي في صورة الجعالة:

من أمثلة ذلك: أن يقول المريض: من أجرى لي عملية استئصال الزائدة الدودية في ساعتين فله ألف ريال.

ومن الأمثلة: أن يقول المريض: من عالجني لمدة أسبوع حتى أشفى فله ألف ريال.

فهنا حصل الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة.

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص١٢٤.

الفرع الثاني
حكم الجمع بين صفتين في العقد الطبي

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة في العقد الطبي

اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة في العقد الطبي أمر جائز، وقد نص الفقهاء رحمهم الله على ذلك، وبينوا أن الإجارة الخاصة والمشتركة متى اجتمعت فلكل منهما حكمها المختص بها من ناحية استحقاق الأجرة، والضمان، وغيرها من الأحكام[(١)].

وسأنقل بعض نصوصهم في ذلك؛ ليتضح المراد.

قال غانم البغدادي رحمه الله: " الأجير الخاص لا يضمن إلا بالتعدي، وعلى هذا تلميذ القَصَّار[(٢)]، وسائر الصناع، وأجيرهم، لم يضمنوا إلا بالتعدي، وفيما لم يتعدوا ضمن الأستاذ ولا يرجع عليهم "[(٣)].

---

(١) ينظر: النتف في الفتاوى (٢/ ٥٦١) - الاختيار (٢/ ٥٦) - بدائع الصنائع (٤/ ٢١٢) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٦) - النوادر والزيادات (٧/ ٦٧) - مناهج التحصيل (٧/ ٢٣٨) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٠) - الحاوي (٧/ ٤٢٨) - الفروع (٧/ ١٧٥) - المبدع (٤/ ٤٤٧) - كشاف القناع (٤/ ٣٤).

(٢) القَصَّار: هو الذي يُحَوِّر الثياب، ويُبَيِّضُها، وسمي بذلك لأنه يدقها بالقصرة وهي القطعة من الخشب، وحرفته: القصارة. ينظر: المحكم (٦/ ١٩٨) - المغرب (٢/ ١٨٠) - تاج العروس (١٣/ ٤٣١).

(٣) مجمع الضمانات ص٥٣.

وقال الرجراجي رحمه الله : " إن دعاه إلى داره ليعمل عنده كان القول قول الصانع إذا ادعى التلف....؛ لأنه هاهنا أجير خاص لمن استعمله في داره، وليس بأجير مشترك، حتى إذا جلس في حانوت(١) نفسه يكون عند ذلك أجيراً مشتركاً "(٢).

وقال الماوردي رحمه الله : " لو استأجر المَلَّاح(٣) ملاحاً لمد السفينة، فهلكت في يده، فإن نسب إلى تعد أو تفريط ضمن، وإن لم ينسب إلى ذلك: فإن كان الملاح حاضراً لم يضمن، وإن كان غائباً فعلى اختلاف أصحابنا هل يكون منفرداً أو مشتركاً "(٤).

وقال البهوتي رحمه الله : " إن استأجر مشترك خاصاً، كالخياط في دكان يستأجر أجيراً فأكثر مدة معلومة يستعمله فيها فلكل من الخاص والمشترك حكم نفسه، فإذا تَقَبَّل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه إلى أجيره فخرقه أو أفسده بلا تعد ولا تفريط لم يضمنه؛ لأنه أجير خاص، ويضمنه صاحب الدكان لمالكه؛ لأنه أجير مشترك"(٥).

من خلال النقول السابقة يتبين ما يلي:

أولاً: أن الفقهاء قد تناولوا اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة، ولم يغفلوها.

---

(١) الحانوت: الدكان، وهو لفظ يذكر ويؤنث، وكانت العرب تسمي بيوت الخمارين بالحوانيت. ينظر: النهاية في غريب الحديث (١/ ١٥٠٨) - لسان العرب (٢/ ٢٦) - المصباح المنير (١/ ١٩٨).

(٢) مناهج التحصيل (٧/ ٢٣٨).

(٣) المَلَّاح: صاحب السفينة، ومتعهد النهر، سمي بذلك لملازمته الماء المالح. ينظر: إكمال الإعلام (٢/ ٦٧٢) - المصباح المنير (٢/ ٥٧٩) - تاج العروس (٧/ ١٤٣).

(٤) الحاوي (٧/ ٤٢٨).

(٥) كشاف القناع (٤/ ٣٤).

ثانياً: أن صور اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة لا تخرج غالباً عن صورتين:

الصورة الأولى: أن يستأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً يعمل عنده، أو يُسَلِّم له العمل الذي طلب منه.

الصورة الثانية: أن يكون الأجير خاصاً في وقت وحال، ومشتركاً في وقت وحال آخر.

ثالثاً: أنه عند اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة يعطى كل أجير حكمه من حيث تسليم العمل، واستحقاق الأجرة، والضمان، وغيرها.

وبناءً على ما سبق فإنه يجوز اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة في العقد الطبي في كلا الصورتين.

المسألة الثانية: حكم الجمع بين المدة والعمل في العقد الطبي:

اختلف الفقهاء في حكم الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة، وفي عقد الجعالة، وسأفرد كل مسألة على حدة ليتبين حكمها.

أولاً: حكم الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة:

اختلف الفقهاء في الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة، وخلافهم على ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز الجمع بين المدة والعمل، وهذا قول أبي حنيفة(١)، وهو قول المالكية إذا كانت المدة أضيق من العمل، وقول

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/ ١١٣) - البدائع (٤/ ١٨٥) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣١) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٩)

عندهم إذا كانت المدة مساوية للعمل، أو أوسع من العمل[١]، وهو الأصح عند الشافعية[٢]، وهو مذهب الحنابلة[٣].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الجمع بين المدة والعمل غرر لا حاجة له، ويمكن التحرز منه؛ لجواز انتهاء العمل قبل انقضاء المدة، أو بالعكس، والوفاء بالوجهين يعسر، ولا معنى للجمع بينهما[٤].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن العقد إنما يقع على العمل، وذكر الوقت إنما هو للتعجيل، فترتفع الجهالة[٥].

الوجه الثاني: أن العامل إذا انتهى من عمله قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها؛ لأنه وفى ما عليه قبل مدته، فلم يلزمه شيء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الإجارة؛ لأن الأجير لم يف بشرطه[٦].

---

(١) ينظر: الإشراف (٢/ ٦٥٧) - عقد الجواهر (٢/ ٨٤٣) - الذخيرة (٥/ ٤٢٠) - مواهب الجليل (٥/ ٤١٠).

(٢) ينظر: المهذب (٢/ ٢٤٦) - نهاية المطلب (٨/ ٧٥) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٩) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٨١).

(٣) ينظر: الشرح الكبير (٦/ ٦٢) - المبدع (٤/ ٤٣٠) - الإنصاف (٦/ ٤٥) - كشاف القناع (٤/ ١١).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥) – الهداية (٣/ ٢٤٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣١) – الإشراف (٣/ ٦٥٧) - عقد الجواهر (٢/ ٨٤٣) – الذخيرة (٥/ ٤٢٠) - المهذب (٢/ ٢٤٦) - نهاية المطلب (٨/ ٧٥) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٨١) – المغني (٥/ ٣٢٥) - المبدع (٤/ ٤٣٠) - كشاف القناع (٤/ ١١).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥) - الذخيرة (٥/ ٤٢٠) - المهذب (٢/ ٢٤٦) - المغني (٥/ ٣٢٥).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥) – المغني (٥/ ٣٢٥).

الدليل الثاني: أن هذه الصيغة قد عُلِّقت بزمن وعمل في عقد واحد، وذلك يوجب دخولها في معنى شرطين في بيع المنهي عنه شرعاً[(١)].

ونوقش: بأن النهي عن شرطين في بيع مختلف في تفسيره، فمنهم من فسره بالعينة، ومنهم من فسره بالشروط الفاسدة، ومنهم من فَسَّره بغير ذلك[(٢)]، والجمع بين المدة والعمل لا يدخل في ذلك.

الدليل الثالث: أن الجمع بين المدة والعمل قد يفضي إلى المنازعة والخصومة بين طرفي العقد؛ لكون المعقود عليه مجهولاً، وكل ما كان وسيلة إلى التنازع والخصام فهو ممنوع[(٣)].

ويمكن أن يناقش: بأن هذا احتمال قد يرد، وقد لا يرد، ولا تبطل العقود بمثل هذا الاحتمال.

القول الثاني: أنه يجوز الجمع بين المدة والعمل، وإلى هذا ذهب أبو يوسف، ومحمد بن الحسن[(٤)]، وهو قول عند المالكية إذا كانت المدة مساوية للعمل، أو أوسع من العمل[(٥)]، وهو قول عند الشافعية[(٦)]، وعند الحنابلة[(٧)].

---

(١) ينظر: الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٧٥).

(٢) ينظر: تهذيب السنن، ابن القيم (٤/ ١٦٩٨ - ١٧١٠).

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٠).

(٤) ينظر: البدائع (٤/ ١٨٥) - الهداية (٣/ ٢٤٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣١)- حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٩).

(٥) ينظر: عقد الجواهر (٢/ ٨٤٣) - الذخيرة (٥/ ٤٢٠) - مواهب الجليل (٥/ ٤١٠) - الشرح الكبير (٤/ ١٢).

(٦) ينظر: المهذب (٢/ ٢٤٦) - نهاية المطلب (٨/ ٧٥) - فتح العزيز (٦/ ١٠٥) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٩).

(٧) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٥) - الشرح الكبير (٦/ ٦٢) - المبدع (٤/ ٤٣٠) - الإنصاف (٦/ ٤٥).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: أن العقد يقع على العمل، وهو معلوم، وذكر الوقت إنما هو للتعجيل، لا لتعليق العقد به، وبذلك ترتفع الجهالة، ويزول الغرر(١).

الدليل الثاني: قياس الإجارة على الجعالة، فالجعالة يجوز فيها الجمع بين المدة والعمل، فكذلك الإجارة، بجامع أن كلا العقدين من عقود المعاوضات التي ترد على المنافع(٢).

الدليل الثالث: أن الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة يتضمن مصالح للطرفين من: الحرص على إنهاء العمل، والابتعاد عن التكاسل، والتأخر، والتسويف(٣).

ويمكن أن يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة مختلف فيه، فلا يقاس عليه.

الوجه الثاني: أن هناك فرقٍ بين عقد الإجارة والجعالة؛ فالغرر في عقد الجعالة مغتفر بخلاف عقد الإجارة.

الترجيح: الراجح القول الثاني أنه يجوز الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة، ويؤيد ذلك ما يلي:

أولاً: أن غرض العقد وغايته الحصول على العمل، فذكر الوقت لا

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥) - الذخيرة (٥/ ٤٢٠) - المهذب (٢/ ٢٤٦) - المغني (٥/ ٣٢٥).

(٢) ينظر: المبدع (٤/ ٤٣٠) - الإنصاف (٦/ ٤٥).

(٣) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص١٠٦.

فائدة له إلَّا التعجيل، أو الضبط بما يدرأ النزاع بين الطرفين، بدليل أنه لو لم يعمل في الوقت المحدد، وعمل بعده فإنه يستحق أجر المثل[(١)].

ثانياً: أن حمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن[(٢)]، " فمتى أمكننا أن نحمل العقد على جهة صحة حملنا عليه؛ ليصح العقد، ويحصل مقصود المتعاقدين وغرضهما "[(٣)].

ثالثاً: أن هذا القول يحقق مصالح شرعية للمستأجر والأجير، والمصالح معتبرة في العقود.

وبتطبيق ذلك على العقد الطبي في صورة الإجارة يتضح أنه متى جمع فيه بين المدة والعمل صح العقد، وكان ذلك حضاً على تعجيل العمل، ولكن يراعى في العمل الطبي تعلقه بجسم الإنسان، فالمراد المبادرة وتجنب التأخر في مباشرة العمل الطبي، وليس المراد الاستعجال الذي قد يفضي إلى الهلاك.

قال أبو الحسن اللخمي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: " عمل الطبيب على الإجارة جائز إذا ضرب أجلاً، فإن بريء قبل تمامه كان له من الأجر بحسابه، وإن تم الأجل استحق الأجر، بريء عند انقضاء الأجل أم لم يبرأ "[(٤)].

وقال المرداوي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: " إن استأجره مدة يكحله أو يعالجه فيها فلم يبرأ استحق الأجر، وإن برئ في أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقي "[(٥)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢١٢)- تبيين الحقائق (٥/ ٤١، ٢١٨) - العناية (٤/ ٣٦٤) - البحر الرائق (٧/ ٨).

(٣) الفروق، الكرابيسي (٢/ ١٠٧).

(٤) التبصرة (٩/ ٤٩٦٠ -٤٩٦١).

(٥) الإنصاف (٦/ ٧٥).

ثانياً: حكم الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة.

اختلف الفقهاء في حكم الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة، وهذا قول المالكية إذا لم يشترط العامل الترك متى شاء[(١)]، وهو مذهب الشافعية[(٢)].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يُوسُف: ٧٢].

الدليل الثاني: أن رسول الله ﷺ قال يوم حنين: (من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه)[(٣)]

وجه الدلالة: أن الأجل في الدليلين السابقين لم يقدر[(٤)]، مما يدل على أن الجعالة لا تؤقت، ولا يصح فيها الجمع بين المدة والعمل.

ويمكن أن يناقش: بأن المدة في الدليلين مجهولة، فإذا قدرت أصبحت معلومة، والعلم بها أولى من الجهل.

الدليل الثاني: أن تقدير المدة، والجمع بينها وبين العمل يفضي إلى الغرر والجهالة، ويخل بمقصود العقد، فقد لا يظفر العامل بالشيء

---

(١) ينظر: التهذيب (٣/ ٣٤٣) - النوادر (٧/ ١٣) - مناهج التحصيل (٧/ ٢٧٤) - الشرح الكبير (٤/ ٦٢).

(٢) ينظر: فتح العزيز (٦/ ٢٠٤) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٠) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٧١)

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٢٩٥.

(٤) ينظر: الذخيرة (٦/ ٩).

المجاعَل عليه في المدة المحددة، فيضيع سعيه، ولا يحصل الغرض المقصود[(١)].

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن الغرر مغتفر في الجعالة، وإذا جاز أن تكون المدة مجهولة فجوازها مؤقتة أولى[(٢)].

الوجه الثاني: أن المعقود عليه في الجعالة هو العمل، وهو مقيد بمدة، إن أتى به فيها استحق الجعل، ولا يلزمه شيء آخر، وإن لم يف به فيها فلا شيء له[(٣)]، وبذلك ينتفي الغرر والجهالة.

الدليل الثالث: قياس عقد الجعالة على عقد المضاربة، بجامع عدم اللزوم في كلا العقدين[(٤)].

ويمكن أن يناقش: بأن عقد الجعالة يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في غيره من عقود المعاوضات.

الدليل الرابع: أن في عدم التأقيت مصلحة لطرفي العقد، حيث يجتهد المجعول له في الطلب والبحث، ولا يذهب تعبه دون فائدة، ويتنفع الجاعل بتحصيل طلبه في وقت قد يكون أقل من الوقت المحدد[(٥)].

القول الثاني: أنه يجوز الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة،

---

(١) ينظر: التهذيب (٣/ ٣٤٣) - الذخيرة (٦/ ٩) - فتح العزيز (٦/ ٢٠٤) - المغني (٦/ ٩٥).
(٢) ينظر: المغني (٦/ ٩٤).
(٣) ينظر: المصدر السابق ، نفس رقم الجزء والصفحة.
(٤) ينظر: مغني المحتاج (٣/ ٦١٨). (٥) ينظر: الذخيرة (٦/ ٩).

وهذا قول المالكية إذا اشترط العامل الترك متى شاء[1]، وهو مذهب الحنابلة[2].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قياس عقد الجعالة على عقد الإجارة، فحيث يجوز في عقد الإجارة الجمع بين المدة والعمل فكذلك في عقد الجعالة، بجامع أن كلًّا منهما من عقود المعاوضات الواردة على المنافع[3].

ويمكن أن يناقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة مختلف فيه، والقياس على أصل مختلف فيه محل خلاف بين العلماء.

الوجه الثاني: أن مذهب الحنابلة عدم جواز الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة.

ويمكن أن يجاب: بأن أحد القولين عند الحنابلة جواز الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة.

الدليل الثاني: أن الجعالة اختصت عن غيرها من عقود المعاوضات بأنه يحتمل فيها الغرر، وتجوز مع جهالة العمل والمدة، فإذا جازت مع مدة مجهولة، فجوازها مع مدة مؤقتة أولى[4].

---

(١) ينظر: التهذيب (٣/ ٣٤٣) - النوادر (٧/ ١٣) - مناهج التحصيل (٧/ ٢٧٤) - الشرح الكبير (٤/ ٦٢).

(٢) ينظر: المغني (٦/ ٩٤) - الإنصاف (٦/ ٣٨٩) - شرح المنتهى (٢/ ٣٧٣) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٧).

(٣) ينظر: مناهج التحصيل (٧/ ٢٧٤) - الذخيرة (٦/ ٩).

(٤) ينظر: المغني (٦/ ٩٥).

الدليل الثالث: أن العمل الذي يستحق العامل به الجعل قد قيد بمدة معينة، فإن أتى العامل به فيها استحق الجعل، ولا يلزمه شيء آخر، وإن لم يف به فيها فلا شيء له، وبذلك يتحقق مقصود العقد، وينتفي عنه الغرر والجهالة[(١)].

الدليل الرابع: استدل المالكية على جواز الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة إذا اشترط العامل الترك متى شاء: بأن هذا الشرط يجعل العامل مخيراً ابتداءً، وبذلك يكون الغرر يسيراً غير مؤثر، أما إذا لم يشترطه فإنه يدخل على إتمام العمل، فيكون غرره قوياً ومؤثراً[(٢)].

الترجيح: أنه يجوز الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة، ويؤيد ذلك ما يلي:

أولاً: أن حمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن[(٣)]، " فمتى أمكننا أن نحمل العقد على جهة صحة حملنا عليه؛ ليصح العقد، ويحصل مقصود المتعاقدين وغرضهما "[(٤)].

ثانياً: أنَّ هذا القول يحقق مصلحة للطرفين، والمصالح معتبرة في العقود.

وبتطبيق ذلك على العقد الطبي في صورة الجعالة يتضح أنه متى جمع فيه بين المدة والعمل صح العقد، وكان ذلك جائزاً.

---

(١) ينظر: المغني (٦/ ٩٥).

(٢) ينظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب (٢/ ١٩٣).

(٣) ينظر: البدائع (٣/ ٢١٢)- العناية (٤/ ٣٦٤) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ٢٨١) - البحر الرائق (٧/ ٨).

(٤) الفروق، الكرابيسي (٢/ ١٠٧).

جاء في تكملة المجموع: " إن شارطه على البرء فإن مذهبنا ومذهب أحمد ابن حنبل أن ذلك يكون جعالة، فلا يستحق شيئاً حتى يتحقق البرء، سواءً وجد قريباً أو بعيداً "(١).

قال ابن قدامة رحمه الله: " إن شارطه على البرء فإنه يكون جعالة، فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء، سواءً وجد قريباً أو بعيداً "(٢).

فهنا جُمِعَ بين المدة المؤقتة بالبرء وبين العمل، وقد صحح فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة اشتراط البرء في العقد الطبي، واعتبروا ذلك من قبيل عقد الجعالة، وإن كان الشافعية خالفوا في جواز الجمع بين المدة والعمل في عقد الجعالة، كما تبين من خلال هذه المسألة.

والذي يمكن قوله: أن فقهاء الشافعية بما أنهم قد أجازوا اشتراط البرء في العقد الطبي، وأن ذلك يكون عندهم من قبيل عقد الجعالة، فإن البرء فيه ضرب أجل، وتأقيت بشيء محدد، فصدق عليه أنه جمع بين المدة والعمل.

(١) تكملة المجموع (١٥/ ٨٣).

(٢) المغني (٥/ ٤٠١).

المبحث الرابع

الشروط في العقد الطبي، وأثرها

المراد بالشروط في العقد: ما يشترطه المتعاقدان في تصرفاتهما بإلزام أحد المتعاقدين للآخر ما له فيه مصلحة[(١)].

ويسميها الفقهاء الشروط الجعلية؛ لأن الشخص العاقد هو الذي جعل الشرط مُقَيِّداً للعقد[(٢)].

وبالنظر إلى الشروط في العقد يتبين أنها تنقسم إلى الأقسام التالية:

القسم الأول: شروط من مقتضى العقد، وهي التي تجب بنفس العقد من غير شرط[(٣)].

ومن أمثلتها في العقد الطبي: اشتراط المريض وصف الدواء، واشتراط الطبيب تسليم العوض له.

والشرط إذا كان من مقتضى العقد فهو صحيح، ومعتبر، ويقضى به وإن لم يشترط، فهو لا يفيد حكماً، ولا يؤثر في العقد، وذلك بإجماع

(١) ينظر: غمز عيون البصائر (٤/ ٤١) - الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/ ٢٩٩) - نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص٢٩ - معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٠٠ - الشروط العقدية، الموسى ص٦٧.

(٢) ينظر: درر الحكام شرح الغرر(١/ ٥٧) - البحر الرائق (١/ ٢٨١) - الموسوعة الفقهية الكويتية (٤/ ٣٠٥) - معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٠٠ - الشروط العقدية ص٦٧ - الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٠٧٦).

(٣) ينظر: البحر الرائق (٦/ ٩٢) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٥) - نظرية الشرط، الشاذلي ص٢٠٤.

العلماء[(١)].

القسم الثاني: شروط من مصلحة العقد، وهي التي فيها مصلحة للعقد، كتوثيقه بإشهاد أو كتابة أو كفالة

ومن أمثلتها في العقد الطبي: اشتراط تقسيط العوض، أو كونه بعملة معينة، أو توثيق العقد برهن، أو كفيل، أو إشهاد عليه، وكاشتراط نوع العمل الطبي.

والشرط إذا كان من مصلحة العقد فهو شرط صحيح يجب الوفاء به[(٢)]، ويدل على اعتباره الأدلة التالية :

الدليل الأول: ما جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (المسلمون على شروطهم)[(٣)].

---

(١) ينظر في نقل الإجماع: عمدة القاري (٤/ ٢٢٦) - نخب الأفكار (١٢/ ٣٢) - فتح القدير (٦/ ٤٤٢) - المعلم (٢/ ٢٢٩) - إكمال المعلم (٥/ ١٠٨) - المجموع (٩/ ٣٦٤) - المغني (٤/ ١٧٠) - الشرح الكبير (٤/ ٤٨) - الإنصاف (٤/ ٣٤٠)- حاشية الروض المربع (٤/ ٤٠٠، ٤٢٧) - نيل الأوطار (٥/ ٢١٤).

(٢) الخلاف في الشرط الواحد أو أكثر لا يرد في الشرط الذي يقتضيه العقد، وما كان من مصلحته، قال ابن قدامة: " شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف، وشرط ما هو من مصلحة العقد، كالأجل، والخيار، والرهن، والضمين، وشرط صفة في المبيع، كالكتابة، والصناعة، وما فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً في بطلانه، قلت أو كثرت، ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم، فالظاهر أنه غير مراد له" المغني (٤/ ١٧٠)

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، بصيغة الجزم، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، وأبو داود في سننه، كتاب القضاء، باب في الصلح برقم (٣٥٩٤)، والترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس برقم (١٣٥٢)، والبزار برقم (٣٣٩٣)، وابن الجارود في المنتقى برقم (٦٣٧)، والطبراني في الكبير برقم (٣٠)، والدارقطني في سننه برقم (٢٨٩٠)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٧٦١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وسكت عنه الحاكم، ووصله ابن حجر في التغليق، وحسنه النووي، والشوكاني، وصححه الألباني. ينظر: صحيح البخاري (٣/ ٩٢) - سن أبي داود(٥/ ٤٤٦) - سنن الترمذي (٣/ ٢٨) - البحر الزخار (٨/ ٣٢٠) - المنتقى من السنن المسندة، ابن الجارود =

وجه الدلالة: أن الشروط الواقعة بين المسلمين، الجائزة شرعاً، يجب الوفاء بها، والوقوف عندها[(١)]، وهذا أصل في إباحة الشروط بين المتعاقدين، ومنها ما كان فيه مصلحة العقد[(٢)].

الدليل الثاني: إجماع العلماء على جواز اشتراط ما فيه مصلحة العقد[(٣)].

الدليل الثالث: أن رغبات المتعاقدين مختلفة متباينة، فلو لم يصح اعتبار الشرط الذي من مصلحة العقد لفاتت بعض الحكم التي شرعت العقود لأجل تحصيلها[(٤)].

القسم الثالث: اشتراط منفعة معلومة لأحد المتعاقدين، ويقصد بها: أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً يتضمن انتفاعاً خاصاً في المعقود عليه، أو من العاقد نفسه، لا يقتضيه العقد، ولكنه لا يخالفه ولا يناقضه، وتعود مصلحته لأحد المتعاقدين[(٥)].

ومثالها في العقد الطبي: أن يشترط المريض على الطبيب أن يزوره يومياً مدة تنويمه، أو يشترط عليه ألا يعالج أحداً في اليوم الذي يأتي إليه

= ص١٦١ - المعجم الكبير (١٧/ ٢٢) - سنن الدارقطني (٣/ ٤٢٦) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٧٩) - المستدرك (٢/ ٥٧) - المجموع، النووي (٩/ ٣٧٦) - البدر المنير (٦/ ٥٥٤) - تغليق التعليق - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٤) - إرواء الغليل (٥/ ١٤٥).

(١) ينظر: فيض القدير (٦/ ٢٧٢) - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥) - عون المعبود (٩/ ٣٧٣).

(٢) ينظر: المبدع (٤/ ٥١).

(٣) ينظر في نقل الإجماع: فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٤٤٢) - المجموع (٩/ ٣٦٤) - الإفصاح (١/ ٢٩٥) - المغني (٤/ ١٧٠) - الشرح الكبير (٤/٤٨) - الإنصاف (٤/ ٣٤٠)- مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٢) - حاشية الروض المربع (٤/ ٤٠٠، ٤٢٧) - نيل الأوطار (٥/ ٢١٤).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٤٧/٢٩) - المبدع (٤/ ٥١) - كشاف القناع (٣/ ١٨٩) - نيل المآرب (١/ ٣٣٩).

(٥) ينظر: نظرية الشرط، الشاذلي ص٢٢٦ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص١٤٥.

فيه، أو ألَّا يجعل معه مريضاً آخر في الغرفة التي هو فيها، ومثله أن يشترط الطبيب على المريض أن يقوم بصيانة الأجهزة التي تتم بها معالجته، أو يشترط على المريض ألَّا يطلبه حتى يكون هو من يأتي إليه، ونحوها من الشروط.

واشتراط منفعة لأحد المتعاقدين مما اختلف الفقهاء في حكمها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الشروط التي تعود منفعتها لأحد المتعاقدين لا تصح، سواءً كانت شرطاً واحداً أو أكثر، وبهذا قال الحنفية إذا لم يجر العرف بها بين الناس[(١)]، وهو مذهب الشافعية[(٢)]، وقول ابن حزم[(٣)].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط[(٤)]

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٥) - البدائع الصنائع (٤/ ١٩٥) - الهداية (٣/ ٤٨-٤٩)- تبيين الحقائق (٤/ ٥٩).

(٢) ينظر: الحاوي (٥/ ٣١٣) - المهذب (٢/ ٢٣)- روضة الطالبين (٣/ ٤٠٠) - مغني المحتاج (٢/ ٣٨١).

(٣) ينظر: المحلى (٧/ ٣١٩).

(٤) الحديث أخرجه الطبراني في الأوسط برقم (٤٣٦١)، وأبو نعيم في روايته لمسند أبي حنيفة، وأخرجه بسنده الخطابي في معالم السنن، وابن عبدالبر في التمهيد، وابن حزم في المحلى، وابن العربي في القبس، وأنكره الإمام أحمد، وضعفه ابن العربي، وابن تيمية، وابن القيم، والألباني، واستغربه النووي، وابن حجر. ينظر: المعجم الأوسط (٤/ ٣٣٥) - مسند الإمام أبي حنيفة ص١٦٠ - معالم السنن ٣/ ١٤٥) - التمهيد (٢٢/ ١٨٥) - المحلى (٧/ ٣٢٤) - القبس (٢/ ٧٣١-٧٣٢) - عارضة الأحوذي (٥/ ٢٥٠) - المغني (٤/ ١٧٠) - المجموع (٩/ ٣٦٨) - مجموع الفتاوى (١٨/ ٦٣) - إعلام الموقعين (٢/ ٢٤٩) - فتح الباري ٥/ ٣١٥) - سلسلة الأحاديث الضعيفة (١/ ٧٠٣).

وجه الدلالة: أن اشتراط نفع لأحد المتعاقدين داخل في النهي عن بيع وشرط[(١)].

ونوقش هذا الحديث: بأنه ضعيف لا يصلح للاحتجاج به.

قال ابن قدامة رحمه الله: " ليس له أصل، وقد أنكره أحمد، ولا نعرفه مروياً في مسند، ولا يعول عليه "[(٢)]

وقال ابن تيمية رحمه الله: " هذا حديث باطل، ليس في شيء من كتب المسلمين "[(٣)].

الدليل الثاني: عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعينيني، فقالت: إن أحبوا أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم، فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ، فقال: (خذيها، واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق)، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: (ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق)[(٤)].

---

(١) ينظر: شرح النووي على مسلم (١١/ ٣٠).

(٢) المغني (٤/ ١٧٠).

(٣) مجموع الفتاوى (١٨/ ٦٣) وينظر: المصدر نفسه (٢٩/ ١٣٢).

(٤) الحديث أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب الشروط في الولاء برقم (٢٧٢٩)، ومسلم، كتاب البيوع، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم (١٥٠٤). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٩٢) - صحيح مسلم (٢/ ١١٤٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أنكر شرط الولاء، وذلك لكونه شرطاً ليس من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، فيقاس عليه اشتراط منفعة لأحد المتعاقدين(١).

ونوقش هذا الدليل والاستدلال به من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن النبي ﷺ أبطل شرط الولاء لكونه مخالفاً لحكم الشرع في أن الولاء لمن أعتق، وأنه لا يصح بيع الولاء، ولا هبته، وليس ذلك بسبب كونه فيه منفعة لأحد المتعاقدين(٢).

الوجه الثاني: أن هذا الحديث تضمن جواز البيع بشرط العتق؛ لأن النبي ﷺ إنما رد اشتراط الولاء لغير المعتق، ولم يرد شرط العتق، فدل على جواز اشتراط ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين(٣).

الدليل الثالث: أن اشتراط منفعة لأحد المتعاقدين قد تؤدي إلى المنازعة، وفوات مقصود العقد، وتفويت مقصود العقد يؤدي إلى فساده(٤).

ونوقش: بأن إفضاء هذا الشرط إلى المنازعة غير مُسَلَّم في كل الأحوال؛ لأنه شرط لا يتم في العقد إلا برضى كلا المتعاقدين، فلا يورث نزاعاً بينهما(٥).

---

(١) ينظر: شرح معاني الآثار (٤/ ٤٣) - شرح صحيح البخاري، ابن بطال (٦/ ٢٩٣) - شرح النووي على مسلم (١٠/ ١٤٠) - مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٩/ ٣٦٧).

(٢) ينظر: شرح معاني الآثار (٤/ ٤٣) - المجموع (٩/ ٣٦٧) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٠).

(٣) ينظر: شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١٦٢) - فتح الباري (٥/ ١٩٥) - نيل الأوطار (٥/ ٢١٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٥) – الهداية (٣/ ٤٨-٤٩) - تبيين الحقائق (٤/ ٥٩).

(٥) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص١٥٤.

الدليل الرابع: قال الحنفية: الشرط إذا جرى به العرف فإنه يعمل به؛ لأن العرف يقضي على القياس، وقياساً على جواز عقد الاستصناع؛ لجريان العرف به(١).

ونوقش: بأن لكل زمان ومكان أعرافه، وبذلك تتسع دائرة العرف، ولا تنضبط، وإذا كان العرف لا يخالف الشرع، ويحقق المنفعة فهو عرف معتبر، ويعمل به(٢).

القول الثاني: أن الشروط التي تعود منفعتها لأحد المتعاقدين لا تصح إذا كانت أكثر من شرط، أما الشرط الواحد فيصح، وهذا قول إسحاق بن راهويه، وهو رواية عن الإمام أحمد(٣).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول ﷺ: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)(٤).

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٥) - الهداية (٣/ ٤٨-٤٩) - تبيين الحقائق (٤/ ٥٩).

(٢) ينظر: نظرية الشرط، الشاذلي ص٢٢٠.

(٣) ينظر: نخب الأفكار (١٢/ ٣٨) - مرقاة المفاتيح (٥/ ١٩٣٨) - الحاوي الكبير (٥/ ٣١٣) - شرح السنة (٨/ ١٤٦) - المجموع (٩/ ٣٧٦) - مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه الكوسج (٦/ ٢٩٦٠) - المغني (٤/ ١٦٩) - المبدع (٤/ ٥٤) - شرح المنتهى (٢/ ٢٩) - مطالب أولي النهى (٣/ ٧١).

(٤) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٦٦٧١)، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم (٣٥٠٤)، والترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم (١٢٣٤)، والنسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع برقم (٤٦١١)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٠٧٢٢)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث على شرط جماعة من أئمة المسلمين صحيح، ووافقه الذهبي، وصححه ابن القطان، ونفى عنه الإرسال، وحسنه الألباني. ينظر: المسند =

وجه الدلالة: أنه متى شرط في العقد شرطين بطل، سواءً كانا صحيحين، أو فاسدين، لمصلحة العقد، أو لغير مصلحته، أخذاً من ظاهر الحديث، وعملاً بعمومه(١).

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أنه ورد ذكر الشرطين اعتباراً بالعادة الجارية في اشتراط شرطين(٢).

الوجه الثاني: أنه لا يُسَلَّم ببقاء النهي على عمومه، فإن اشتراط ما يقتضيه العقد لا يؤثر بغير خلاف، ولو كان أكثر من شرط، ومثله اشتراط ما كان من مصلحة العقد، فدل على أن المقصود بالنهي عن شرطين شيء مخصوص، وهو البيعتان في بيعة، وكل شرطين فاسدين(٣).

الدليل الثاني: أنه لو أبيح اشتراط أكثر من شرط واحد في العقد لأفضى ذلك إلى إباحة ما لا يحصى من الشروط(٤).

ونوقش: بأن إجازة شرط واحد وإبطال أكثر منه لا وجه له؛ لأنه إن جرى مجرى الشروط الجائزة فينبغي أن يجوز وإن كان مائة شرط، وإن كان فاسداً فينبغي أن يبطل وإن كان شرطاً واحداً ، فالشرط الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر، والفاسد يؤثر فيه وإن قل(٥).

= (١١/ ٢٥٣) - سنن أبي داود (٥/ ٣٦٤) - سنن الترمذي (٢/ ٥٢٦) - سنن النسائي (٧/ ٢٨٨) - السنن الكبرى، البيهقي (٥/ ٢٦٧) - المستدرك (٢/ ٢١) - بيان الوهم والإيهام (٥/ ٤٨٨) - نصب الراية (٤/ ١٨) - الدراية (٢/ ١٥١) - إرواء الغليل (٥/ ١٤٨).

(١) ينظر: المغني (٤/ ١٦٩) - تهذيب السنن (٤/ ١٧٠٢).

(٢) ينظر: مرقاة المفاتيح (٥/ ١٩٣٨).

(٣) ينظر: المغني (٤/ ١٦٩-١٧٠) - تهذيب السنن (٤/ ١٧٠٣-١٧٠٧).

(٤) ينظر: التذكرة في الفقه، ابن عقيل الحنبلي ص١٢٥.

(٥) ينظر: الحاوي، (٥/ ٣١٣) - المغني (٤/ ١٧٠).

القول الثالث: أن الشروط التي تعود منفعتها لأحد المتعاقدين شروط صحيحة، سواءً كانت شرطاً واحداً أو أكثر، وهذا مذهب المالكية[١]، ومذهب الحنابلة[٢].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: ما جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (المسلمون على شروطهم)[٣].

وجه الدلالة: أن الشروط الواقعة بين المسلمين، الجائزة شرعاً، يجب الوفاء بها، والوقوف عندها[٤]، وهذا أصل في إباحة الشروط بين المتعاقدين، ومنها ما كان فيه منفعة لأحدهما[٥].

ونوقش: بأن هذا الحديث عام مخصوص، والمراد به الشروط الجائزة، وليس اشتراط نفع لأحد المتعاقدين داخلاً فيها[٦].

ويمكن أن يجاب: بأن الأصل إبقاء الحديث على عمومه.

الدليل الأول: عن جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه، فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: (بعنيه بوقية)، قلت: لا، ثم قال: (بعنيه بوقية)، فبعته، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل، ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل

---

(١) ينظر: المدونة (٣/ ٢٠٦) - المقدمات الممهدات(٢/ ٦٧)- القوانين الفقهية ص٢٨٣ - حاشية الدسوقي(٣/ ٦٥)

(٢) ينظر: المغني (٤/ ٧٣)- مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٣) - الإنصاف (٤/ ٣٤٤) - كشاف القناع (٣/ ١٩٠).

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

(٤) ينظر: فيض القدير (٦/ ٢٧٢) - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥) - عون المعبود (٩/ ٣٧٣).

(٥) ينظر: المبدع (٤/ ٥١).

(٦) ينظر: المجموع (٩/ ٣٧٧).

على إثري، قال: (ما كنت لآخذ جملك، فخذ جملك فهو مالك)[(١)].

وجه الدلالة: أن جابر رضي الله عنه اشترط نفعاً معلوماً في المبيع، وأجابه النبي صلى الله عليه وسلم إلى طلبه، مما يدل على جواز اشتراط ما فيه مصلحة لأحد المتعاقدين[(٢)].

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أنها واقعة عين يطرقها الاحتمال، ولا عموم لها.

الوجه الثاني: أن ما حصل من النبي صلى الله عليه وسلم مع جابر رضي الله عنه إنما كان على سبيل التبرع والإحسان، وحسن الصحبة، أو كان على سبيل الوعد، أو العارية، ولم يكن ذلك على وجه الاشتراط.

الوجه الثالث: أن الاشتراط لم يكن مقارناً لوقت البيع، وإنما كان قبله، أو بعده، والاشتراط المؤثر ما كان مقارناً للبيع، وعليه فالحديث لا يصلح للاستدلال به.

الوجه الرابع: أن الحديث مضطرب اللفظ، إذ جاء في بعض ألفاظه ذكر الاشتراط، وفي بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة[(٣)].

وأجيب عن هذه الأوجه بما يلي:

أولاً: أن القول بأن ما حصل من الاشتراط قضية عين، أو أن ذلك

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٩٨.

(٢) ينظر: شرح ابن بطال (٨/ ١١٠) - فتح الباري (٥/ ٣١٨) - الشرح الكبير، ابن قدامة (٤/ ٤٩)

(٣) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٥) - عمدة القاري (١٣/ ٢٩٥) - الحاوي (٥/ ٣١٣) -- المجموع (٩/ ٣٧٧) - شرح النووي على مسلم ١١/ ٣٠-٣١) - إحكام الأحكام، ابن دقيق (١/ ٣٦٧) - فتح الباري (٥/ ٣١٨-٣١٩) - المحلى (٧/ ٣٢٨-٣٢٩) - نيل الأوطار (٥/ ٢١٢) - سبل السلام (٢/ ٨).

كان على سبيل العارية، أو الوعد، أو التبرع كل ذلك احتمالات متكلفة، لا يعضدها الدليل، ولو فتح باب الاحتمال لانسد باب الاستدلال، وقد ورد في الحديث ما يدل على البيع حقيقة، كقوله (فبعته منه بخمس أواق)، وما يدل على الاشتراط كقوله (فبعته إِيَّاه على أن لي فقار ظهره)، وفهم جابر رضي الله عنه من ذلك البيع المشروط، ولو كان الاشتراط فاسداً لأنكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم فهمه.

ثانياً: أن ألفاظ الحديث تدل على أن الاشتراط كان مقارناً للبيع، فقوله في الحديث (فبعته إياه على أن لي فقار ظهره) نَصٌّ في الاشتراط عند البيع.

ثالثاً: أن الروايات التي ذكرت الاشتراط أكثر طرقاً وأصح، واختلاف الروايات يوقف الاحتجاج بها إذا تكافأت، أو تقاربت، " أما إذا كان الترجيح واقعاً لبعضها، إما لأن رواته أكثر، أو أحفظ، فينبغي العمل بها، إذ الأضعف لا يكون مانعاً من العمل بالأقوى، والمرجوح لا يدفع التمسك بالراجح "(١)، وهنا رواية الاشتراط أقوى، وأصح(٢).

الدليل الثالث: عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا(٣) إِلَّا أن تعلم(٤).

---

(١) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (١/ ٣٦٧).

(٢) ينظر: إكمال المعلم (٥/ ٢٩٢) - إحكام الأحكام (١/ ٣٦٧) - فتح الباري (٥/ ٣١٨-٣١٩) - نيل الأوطار (٥/ ٢١٢) - سبل السلام (٢/ ٨).

(٣) الثنيا: معناه هنا: أن يستثنى في عقد البيع شيء منه، فإن كان مجهولاً فسد، وإن كان معلوماً صح، وعممها بعض الفقهاء في كل شرط منافٍ للبيع. ينظر: المغرب (١/ ١٢٤) - مشارق الأنوار (١/ ١٣٢) - شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٤) - النهاية (١/ ٦٥٠) - فتح الباري (٥/ ٣١٥) - نيل الأوطار (٥/ ١٨٠).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في المخابرة برقم (٣٤٠٥)، والترمذي =

وجه الدلالة: أن من باع شيئاً، واستثنى منه شيئاً معلوماً، فاستثناؤه وبيعه صحيح، والشرط الذي فيه منفعة لأحد العاقدين يعتبر من هذا القبيل[(١)].

الدليل الثالث: أن رغبات المتعاقدين مختلفة متباينة، فلو لم يصح اعتبار الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين لفاتت بعض الحكم التي شرعت العقود لأجل تحصيلها[(٢)].

الترجيح: الراجح هو القول الثالث المتضمن صحة اشتراط منفعة في العقد لأحد المتعاقدين، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي:

أولاً: صحة أدلة هذا القول، ووضوحها، وسلامتها.

ثانياً: أن القول الآخر قد استند إلى حديث النهي عن بيع شرط، وهو حديث ضعيف لا يصلح للاحتجاج به، وتعليلاتهم التي أخذوا بها تعارض النصوص فلا يعتمد عليها.

ثالثاً: " إذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان العقد لغواً، وإذا

= في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا برقم (١٢٩٠)، والنسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم برقم (٤٦٣٣)، وابن حبان في صحيحه برقم (٤٩٧١)، والدارقطني في سننه برقم (٢٩٩٠)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٠٩٢٩)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه ابن الملقن، وابن حجر، والألباني. ينظر: سنن أبي داود (٥/ ٢٨٤) - سنن الترمذي (٢/ ٥٧٦) - سنن النسائي (٧/ ٢٩٦) - صحيح ابن حبان (١١/ ٣٤٥) - سنن الدارقطني (٣/ ٤٧٠) - السنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣٠٤) - البدر المنير (٦/ ٤٥٨) - فتح الباري (٥/ ٣١٥) - صحيح سنن أبي داود (٢/ ٣١٥).

(١) ينظر: فتح الباري (٥/ ٣١٥) - مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٩/ ١٧١) - نيل الأوطار (٥/ ١٨٠).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٤٧) - المبدع (٤/ ٥١) - كشاف القناع (٣/ ١٨٩) - نيل المآرب (١/ ٣٣٩).

كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله، فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما، فلم يكن لغواً ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله ؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه؛ فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه فيباح؛ لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج "(١).

رابعاً: أن هذا القول جار على قاعدة الأصل العام في العقود، وهو الصحة والإباحة حتى يرد دليل المنع.

القسم الرابع: اشتراط عقد في عقد، ومعناه: أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً يتضمن عقداً آخر مع الأول، يتحقق به غرض للمشترط(٢).

واشتراط عقد في عقد لا يخلو من الأحوال التالية:

الحالة الأولى: اشتراط عقد القرض في البيع.

ومثاله في العقد الطبي: أن يقول المريض للطبيب: سأقرضك بشرط أن تبيعني عيادتك الطبية.

وقد اتفق الفقهاء أنه لا يجوز اجتماع عقد البيع مع عقد القرض في صفقة واحدة إذا كان مشروطاً(٣).

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٥٦).

(٢) ينظر: نظرية الشرط، الشاذلي ص٥٥١ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص١٥٥.

(٣) ينظر في نقل الإجماع: الاستذكار (٦/ ٤٣٣) - التمهيد (٢٤/ ٣٨٥) - المنتقى (٥/ ٢٩) - المسالك، ابن العربي (٦/ ١٤٤) - بداية المجتهد (٣/ ١٢٢٢) - مناهج التحصيل (٦/ ٢٠٦) - الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٦٠) - الفروق، القرافي (٣/ ٤٣٧)- مواهب الجليل (٦/ ٢٧١) - الإفصاح، ابن هبيرة (١/ ٣٠٢) - المغني (٤/ ١٧٧)

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول ﷺ : (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)(١).

وجه الدلالة: أن السلف هو القرض في لغة أهل الحجاز، فيكون الحديث نصاً في تحريم الجمع بين عقد البيع والقرض، فلا يصح اشتراط عقد القرض في عقد البيع، ولا عقد البيع في عقد القرض(٢).

الدليل الثاني: الإجماع، وفي ذلك يقول ابن عبدالبر رحمه الله " أجمع العلماء على أن من باع بيعاً على شرط سلف يسلفه أو يستسلفه فبيعه فاسد مردود "(٣)

الدليل الثالث: أن هذا ذريعة إلى الربا المحرم شرعاً؛ حيث يكون البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض، الذي موجبه رد المثل، فلولا البيع لم يحصل القرض، ولولا عقد القرض لما حدث الشراء(٤).

الدليل الرابع: أن عقد القرض من عقود الإرفاق، وليس من عقود المعاوضة، واشتراط عقد البيع فيه يخرجه عن موضوعه؛ لأنه يوجب له حصة من المعاوضة، وذلك يبطله، ويبطل ما قارنه من عقود المعاوضة(٥)

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٥.

(٢) ينظر: معالم السنن (٣/ ١٤١) - الحاوي (٥/ ٣٥١) - المهذب (٢/ ٨٤) - حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٢٣) - المغني (٤/ ١٧٧) - العقود المالية المركبة، العمراني ص٩٣.

(٣) التمهيد (٢٤/ ٣٨٥).

(٤) ينظر: المغني (٤/ ١٧٧) - الفتاوى الكبرى (٦/ ١٧٧) - تهذيب السنن (٤/ ١٧٠٨) - العقود المالية المركبة ص٩٤

(٥) ينظر: المنتقى (٥/ ٢٩) - المهذب (٢/ ٨٤).

الدليل الخامس: أن الجمع بين البيع والقرض يفضي إلى جهالة الثمن[(١)].

الحالة الثانية: اشتراط عقد معاوضة غير البيع في القرض.

ومثالها في العقد الطبي: أن يقول المريض للطبيب: سأقرضك بشرط أن تؤجرني عيادتك الطبية، أو بشرط أن استأجرك لمداواتي، ونحوها.

وهذا اشتراط لا يجوز ولا يصح[(٢)]، وله حكم اشتراط عقد البيع في القرض، وتقدمت أدلته.

الحالة الثالثة: اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة.

ومثاله في العقد الطبي: أن يقول الطبيب للمريض: سأعالجك بشرط أن تشتري الدواء من عندي، أو بشرط أن تشتري مني سريراً طبياً ونحو ذلك.

واشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة محل خلاف بين الفقهاء، واختلافهم فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وهذا قول الحنفية[(٣)]، وهو كذلك قول الشافعية[(٤)]، وهو المذهب عند

---

(١) ينظر: معالم السنن (٣/ ١٤١) - الحاوي (٥/ ٣٥١) - نهاية المطلب (٥/ ٤٤٣).
(٢) ينظر: مواهب الجليل (٦/ ١٤٦) - الحاوي (٥/ ٣٥٢) - المغني (٤/ ١٧٧).
(٣) ينظر: المبسوط، الشيباني (٥/ ٩٧) - بدائع الصنائع (٥/ ١٦٩) - الهداية (٣/ ٤٨)- فتح القدير (٦/ ٤١٠).
(٤) ينظر: فتح العزيز (٤/ ١٠٥) - المجموع (٩/ ٣٧٣) - أسنى المطالب (٢/ ٣٤) - مغني المحتاج (٢/ ٣٨١).

الحنابلة[١]، وبه قال ابن حزم[٢].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة)[٣].

الدليل الثاني: عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة)[٤].

وجه الدلالة من الحديثين: أن الحديثين تضمنا النهي عن بيعتين في بيعة، وصفقتين في صفقة، والمقصود بذلك: اشتراط عقد في عقد، والنهي يقتضي الفساد[٥].

ونوقشت هذه الأدلة: بأن العلماء حملوا هذه الأحاديث على معانٍ منها: الغرر والجهالة الناشئة عن التردد في تعيين العقد، أو تعيين المعقود عليه، أو الثمن، ومنها: أن المراد بذلك كل بيع يؤول إلى الربا، كالزيادة في الثمن مقابل الأجل، وبيع العينة، ومنها: أن المراد الجمع بين بيع وشرط، ومنها: حمل ذلك على بيع ما لا يملكه البائع، وأقربها أنه محمول على بيع العينة؛ لأن اشتراط عقد في عقد لا يؤدي إلى ربا أو محرم[٦].

---

(١) ينظر: المغني (٤/ ١٧٠) - الفروع (٦/ ١٩١) - الإنصاف (٤/ ٣٤٩) - كشاف القناع (٣/ ١٩٣).

(٢) ينظر: المحلى (٧/ ٣٢٤).

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٤٢٥.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٤٢٦.

(٥) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٩) - البناية (٨/ ١٨٦) - مرقاة المفاتيح (٥/ ١٩٣٨) - الأم (٣/ ٧٥) - معالم السنن (٣/ ١٢٣) - المجموع (٩/ ٣٣٨) - المغني (٤/ ١٧٦) - الإنصاف (٤/ ٣٤٩).

(٦) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٩) - الهداية (٣/ ٤٩) - البناية (٨/ ١٨٦) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٠٣) - الاستذكار (٦/ ٤٤٨-٤٥٣) - المنتقى (٥/ ٣٦ -٤٠)- النوادر والزيادات (٦/ ٤٠٢-٤٠٤) - المقدمات الممهدات (٢/ ٩٣) - الأم (٣/ ٣٤) - الحاوي (٥/ ٣٤١) - المهذب (٢/ ٢٠-٢١)=

الدليل الثاني: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول ﷺ: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)[(١)].

وجه الدلالة: الحديث يدل على عدم جواز اشتراط عقد القرض في عقد البيع، فيقاس على القرض غيره من العقود كاشتراط البيع مع الإجارة، أو الإجارة مع البيع، وأن اشتراط عقد في عقد يدخل في عموم النهي عن شرطين في بيع[(٢)].

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن اشتراط القرض في البيع نهي عنه؛ لأنه يؤدي إلى الربا، بخلاف اشتراط غيره من عقود المعاوضة، والنهي يقتصر على مورده، والشرطان في البيع مختلف في معناهما بين الفقهاء، والأقرب حملهما على بيع العينة[(٣)].

الدليل الثالث: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط[(٤)]

وجه الدلالة: أن اشتراط عقد في عقد داخل في النهي عن بيع وشرط[(٥)].

ونوقش هذا الحديث: بأنه ضعيف لا يصلح للاحتجاج به.

= - نهاية المطلب (٥/ ٤٣٦) - المجموع (٩/ ٣٣٨) - المغني (٤/ ١٧٦) - تهذيب سنن أبي داود (٤/ ١٧٠٦-١٧٠٧) - الإنصاف (٤/ ٣٥٠) - شرح المنتهى (٢/ ٣١)- قضايا فقهية معاصرة في المال ص١٧٣ -١٨٠ - حكم اجتماع العقود ص٧٠-٧٢.

(١) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٥.

(٢) ينظر: معالم السنن (٣/ ١٢٠) العقود المالية المركبة ص١٠٣.

(٣) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٠٣. (٤) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٢.

(٥) ينظر: البحر الرائق (٦/ ٩٢) - الحاوي (٥/ ٣٤١) - شرح النووي على مسلم (١١/ ٣٠).

الدليل الرابع: أن اجتماع هذه العقود قد يفضي إلى الجهالة بالثمن؛ وذلك أنه قد يعرض لهذه العقود عند اجتماعها ما يقتضي الفسخ، فلا يتمايز ما يخص كل منها من العوض، وجهالة الثمن مبطلة للعقد[(١)].

ونوقش: بأن جهالة الثمن تنتفي بأن يُقَسَّم العوض على العقدين المجتمعين بقدر قيمتهما؛ حيث إن جميع الثمن معلوم، ويمكن التوصل منه إلى معرفة ما يقابل كل واحد منهما بواسطة التقويم[(٢)].

الدليل الخامس: أن العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط، فيفسد العقد؛ لأن البائع لم يرض به إلا بذلك الشرط، فإذا فات فات الرضا به[(٣)].

ونوقش: بأنه عند فوات الرضا يثبت الخيار[(٤)].

القول الثاني: لا يجوز اشتراط عقد الجعالة أو الصرف أو المساقاة أو الشركة أو النكاح أو القراض في عقد البيع، ولا يجوز اشتراط عقد منها في الآخر، ويجوز فيما عدا ذلك كالبيع والإجارة، وهذا قول المالكية[(٥)].

واستدلوا على ذلك: بأن هذه العقود بينها تناف وتضاد في

---

(١) ينظر: الوسيط (٣/ ٩٥) - البيان (٥/ ١١٢) - مغني المحتاج (٢/ ٣٩٩).

(٢) ينظر: البحر الرائق (٥/ ٢٨٧) المجموع (٩/ ٣٨٨)- الإنصاف (٤/ ٣٢٠) - كشاف القناع (٣/ ٧٨).

(٣) ينظر: المغني (٤/ ١٧٦) - الشرح الكبير (٤/ ٥٣).

(٤) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٠٦.

(٥) ينظر: الكافي (٢/ ٦٤٠) - مناهج التحصيل (٦/ ٦٣) - الذخيرة (٤/ ٣٩٢) - مواهب الجليل (٤/ ٣١٣).

الأحكام[١]، و" كل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً "[٢]؛ ذلك أن العقود أسباب لتحصيل أحكامها، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتنافيين؛ لأن تنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات[٣].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن المحظور إنما هو اشتراط عقد معاوضة في آخر، وهما مختلفان شروطاً وحكماً، إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار، وذلك إنما يكون حالة توارد العقدين على محل واحد في وقت واحد، فإذا تعدد المحل، وانتفى التضاد في الأحكام فلا حرج[٤].

الوجه الثاني: أن هناك فرق بين الاختلاف والتباين، وبين التضاد والتناقض، فإذا كان العقدان متناقضين فإنه يمتنع اجتماعهما، أما إذ اختلفا وتباينا في الآثار والأحكام فإنه لا يمتنع اجتماعهما[٥].

القول الثالث: يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر، وهذا قول عند المالكية[٦]، وقول عند الحنابلة، اختاره ابن تيمية، وابن القيم[٧].

---

(١) ينظر: مناهج التحصيل (٦/ ٦٣) - مواهب الجليل (٤/ ٣١٣) - الشرح الكبير (٣/ ٣٢).

(٢) المسالك، ابن العربي (٦/ ١٤٤).

(٣) الفروق (٣/ ٢٦١) - الذخيرة (٤/ ٣٩٢).

(٤) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٣٠.

(٥) ينظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد ص ٢٦٦.

(٦) اختاره مالك. ينظر: المدونة (٣/ ١٦٨) - عارضة الأحوذي (٥/ ٢٤٠) - القوانين الفقهية ص٢٨٣ - مواهب الجليل (٤/ ٣١٣) - حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢).

(٧) ينظر: سبق تخريجه ص٤٥٠.

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: ما جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (المسلمون على شروطهم)[(١)].

وجه الدلالة: أن الشروط الواقعة بين المسلمين، الجائزة شرعاً، يجب الوفاء بها، والوقوف عندها[(٢)]، وهذا أصل في إباحة الشروط بين المتعاقدين، ومنها اشتراط عقد في عقد[(٣)].

ونوقش: بأن هذا الحديث عام مخصوص، والمراد به الشروط الجائزة، دون اشتراط عقد في عقد[(٤)].

ويمكن أن يجاب: بأن الأصل إبقاء الحديث على عمومه.

الدليل الثاني: عن جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه، فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: (بعنيه بوقية)، قلت: لا، ثم قال: (بعنيه بوقية)، فبعته، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل، ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على إثري، قال: (ما كنت لآخذ جملك، فخذ جملك فهو مالك)[(٥)].

وجه الدلالة: أن جابر رضي الله عنه اشترط نفعاً معلوماً في المبيع، وأجابه النبي صلى الله عليه وسلم إلى طلبه، مع أنه اشتراط لعقد الإجارة في عقد البيع، مما يدل على جواز اشتراط عقد في عقد[(٦)].

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٢٧٧.

(٢) ينظر: فيض القدير (٦/ ٢٧٢) - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥) - عون المعبود (٩/ ٣٧٣).

(٣) ينظر: قاعدة العقود، ابن تيمية (٢/ ٤٣٢).

(٤) ينظر: سبق تخريجه ص٩٨.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص٦٢.

(٦) ينظر: المدونة (٣/ ٣٦٧) - إكمال المعلم (٥/ ٢٩٢) - البيان والتحصيل (٦/ ٢٥٣).

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أنها واقعة عين يطرقها الاحتمال، ولا عموم لها.

الوجه الثاني: أن ما حصل من النبي ﷺ مع جابر رضي الله عنه إنما كان على سبيل التبرع والإحسان، وحسن الصحبة، أو كان على سبيل الوعد، أو العارية، ولم يكن ذلك على وجه الاشتراط.

الوجه الثالث: أن الاشتراط لم يكن مقارناً لوقت البيع، وإنما كان قبله، أو بعده، والاشتراط المؤثر ما كان مقارناً للبيع، وعليه فالحديث لا يصلح للاستدلال به.

الوجه الرابع: أن الحديث مضطرب اللفظ، إذ جاء في بعض ألفاظه ذكر الاشتراط، وفي بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة(١).

وأجيب عن هذه الأوجه بما يلي:

أولاً: أن القول بأن ما حصل من الاشتراط قضية عين، أو أن ذلك كان على سبيل العارية، أو الوعد، أو التبرع، كل ذلك احتمالات متكلفة، لا يعضدها الدليل الصحيح، ولو فتح باب الاحتمال لانسد باب الاستدلال، وقد ورد في الحديث ما يدل على البيع حقيقة، كقوله (فبعته منه بخمس أواق)، وما يدل على الاشتراط كقوله (فبعته إياه على أن لي فقار ظهره)، وفهم جابر رضي الله عنه من ذلك البيع المشروط، ولو كان الاشتراط فاسداً لأنكر عليه النبي ﷺ فهمه.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٥) - عمدة القاري (١٣/ ٢٩٥-٢٩٦) - الحاوي (٥/ ٣١٣) - المجموع (٩/ ٣٧٧) - شرح النووي على مسلم ١١/ ٣٠-٣١) - إحكام الأحكام، ابن دقيق العيد (١/ ٣٦٧) - فتح الباري (٥/ ٣١٨-٣١٩) - المحلى (٧/ ٣٢٨-٣٢٩) - نيل الأوطار (٥/ ٢١٢) - سبل السلام (٢/ ٨).

ثانياً: أن ألفاظ الحديث تدل على أن الاشتراط كان مقارناً للبيع، فقوله في الحديث (فبعته إياه على أن لي فقار ظهره) نص في الاشتراط عند البيع.

ثالثاً: أن الروايات التي ذكرت الاشتراط أكثر طرقاً وأصح، واختلاف الروايات يوقف الاحتجاج بها إذا تكافأت، أو تقاربت، وهنا رواية الاشتراط أقوى، وأصح[(١)].

الدليل الثالث: عن سفينة رضي الله عنه قال: كنت مملوكاً لأم سلمة، فقالت: أعتقك وأشترط عليك أن تخدم رسول الله - ﷺ - ما عشت، فقلت: إن لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله - ﷺ - ما عشت، فاعتقتني واشترطت علي)[(٢)].

وجه الدلالة: الحديث دليل على صحة تعليق العتق بشرط فيقع بوقوع الشرط، مما يدل على جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر غير السلف[(٣)].

الدليل الرابع: أن الأصل في العقود الصحة والإباحة، إلَّا ما دل الدليل على تحريمه، واشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة لم يرد دليل

---

(١) ينظر: إكمال المعلم (٥/ ٢٩٢) - إحكام الأحكام (١/ ٣٦٧) - فتح الباري (٥/ ٣١٨-٣١٩) - نيل الأوطار (٥/ ٢١٢) - سبل السلام (٢/ ٨).

(٢) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٢١٩٢٧)، وأبو داود في سننه، كتاب العتق، باب في العتق على شرط برقم (٣٩٣٢)، واللفظ له، وابن ماجة في سننه، أبواب العتق، باب من أعتق عبداً واشترط خدمته برقم (٢٥٢٦)، والنسائي في الكبرى برقم (٤٩٧٦)، والطبراني في الكبير برقم (٦٤٤٧)، والبيهقي في الكبرى برقم (٢١٩٥١)، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وحسنه الألباني. ينظر: المسند (٣٦/ ٢٥٥) - سنن أبي داود (٦/ ٧٦) - سنن ابن ماجة (٣/ ٥٦٧) - سنن النسائي الكبرى (٥/ ٤١) - المعجم الكبير (٧/ ٨٥) - السنن الكبرى للبيهقي (١٠/ ٢٩١) - المستدرك (٢/ ٢٣٢) - إرواء الغليل (٦/ ١٧٥).

(٣) ينظر: شرح السنة (٩/ ٣٧٧) - إعلام الموقعين (٣/ ٢٩٠، ٣٠١) - نيل الأوطار (٦/ ٩٧).

على تحريمه، فيبقى على أصل الإباحة[١].

ونوقش: بأنه قد ورد النهي عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وشرط، وهذا داخل فيه[٢].

وأجيب: بأن تفسير بيعتين في بيعة بأنه اشتراط عقد في عقد غير مُسَلَّم، وحديث النهي عن بيع وشرط ضعيف[٣].

الدليل الخامس: أن آحاد هذه العقود صحيحة، فلا مانع من اجتماعها باشتراط، أو بغير اشتراط، والعقد إذا اشتمل على أمرين كل منهما جائز على انفراده فلا يمنع اجتماعهما، فكل ما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً[٤].

ونوقش: بأن عقد القرض والبيع متى اجتمعا بطلا مع أن كلّاً منهما عقد صحيح بمفرده[٥].

وأجيب: بـ " أن السلف والبيع كل واحد منهما مباح على الانفراد، وإنما منع اجتماعهما لما فيه من سلف جر منفعة "[٦]، ولما كان اجتماع البيع ونحوه من عقود المعاوضة مع القرض يؤدي إلى الربا بقي ما عداه على أصل الجواز[٧].

الدليل السادس: أن حقيقة اشتراط عقد في عقد كون العقد الثاني

---

(١) ينظر: قاعدة العقود (٢/ ٤٣٢).

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٠٩.

(٣) ينظر: وحديث النهي عن بيع وشرط سبق تخريجه ص٤٥٢.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣) - حاشية العدوي على الخرشي (٥/ ٤٠) - حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢) - الوسيط (٣/ ٩٥) - المجموع (٩/ ٣٣٨) - المبدع (٤/ ٤٠).

(٥) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٣٠.

(٦) مناهج التحصيل (٦/ ٢٩٣).

(٧) ينظر: العقود المالية المركبة ص١٣٠.

في مقابلة العقد الأول، وهذا لا بأس به[١].

الدليل السابع: أن الجمع بين عقدين بلا شرط جائز، فيكون كذلك مع الشرط، لعدم ما يمنع ذلك[٢]

الترجيح: الراجح القول الثالث المتضمن جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة,ما لم يؤد هذا الاجتماع إلى مآل ممنوع، كأن يتخذ وسيلة إلى الربا، أو الغرر، أو الاستغلال، أو كان العقدان متضادين وصفاً متناقضين حكماً، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي:

أولاً: أن هذا القول يوافق قاعدة " الأصل في العقود والشروط: الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً "[٣].

ثانياً: أن الأخذ بهذا القول فيه اعتبار للمآلات، فإن "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا "[٤].

ثالثاً: أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فإذا قصد العاقدان من الاشتراط في العقود التوصل إلى عقد آخر محظور شرعاً، فإن هذا الاشتراط يعد فاسداً؛ لأن العبرة بالعقد الذي قصده العاقدان، ولا عبرة بظاهر العقود التي أجراها كل منهما[٥].

رابعاً: أن قاعدة " كل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا

(١) ينظر: المدونة (٣/ ١٦٨) - عارضة الأحوذي (٥/ ٢٤٠).

(٢) ينظر: الشرح الممتع (٨/ ١٩٨).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٣٢). وينظر: إعلام الموقعين (١/ ٢٥٩).

(٤) الموافقات (٥/ ١٧٧).

(٥) ينظر: حكم اجتماع العقود، حمد عزام ص٧٥.

شرعاً "[١] قاعدة صحيحة، ومتى تحقق في العقود المجتمعة التضاد والتنافي لم يصح الاجتماع.

القسم الخامس: الشرط المنافي لمقتضى العقد، ويقصد به: الشرط الذي يخالف ما يترتب على العقد بمقتضى الشرع[٢].

ومثاله في العقد الطبي: أن يبيع الطبيب الدواء على المريض، ويشترط عليه ألَّا يستعمله، أو يشترط المريض على الطبيب ألَّا يتصرف في العوض الذي سلمه له، ونحوها.

والشرط المنافي لمقتضى العقد باطل باتفاق الفقهاء[٣]، ويدل على ذلك ما يلي:

أولاً: الإجماع، وفي ذلك يقول ابن تيمية رحمه الله: " العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق "[٤].

ثانياً: أن في اشتراط ما ينافي مقتضى العقد منافاة لسبب مشروعيته، وفيه الجمع بين المتناقضين؛ لأن المقصود من العقد إطلاق تصرف المشتري في العين المباعة، واشتراط مثل هذا تناقض تنزه عنه الشريعة[٥]

(١) المسالك (٦/ ٣٨).

(٢) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص١٦١.

(٣) ينظر: الاستذكار (٦/ ٤٨٥) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٥٦) - حاشية الروض المربع (٤/ ٤٠٠).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٥٦).

(٥) ينظر: الموافقات (١/ ٤٣٩) - مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٩/ ١٥٦).

أثر الشروط في العقد الطبي:

الشروط المقترنة بالعقود ، سواءً أكانت في العقد الطبي، أو في غيره من العقود الأخرى إذا كانت شروطاً صحيحة فإنه يجب الوفاء بها، ويدل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا يعم العقود المطلقة، والعقود المقيدة بالشروط، فيلزم الوفاء بالجميع(١).

الدليل الثاني: ما جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (المسلمون على شروطهم)(٢).

وجه الدلالة: أن الشروط الواقعة بين المسلمين، الجائزة شرعاً، يجب الوفاء بها، والوقوف عندها(٣).

الدليل الثالث: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط)(٤).

وجه الدلالة: أن عمر رضي الله عنه أخبر أن مواقف الحقوق التي تنتهي إليها عند وجود الشروط، وأن الحقوق اللازمة تقطع بالشروط، مما يدل

---

(١) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٩/ ١٣٨). (٢) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

(٣) ينظر: فيض القدير (٦/ ٢٧٢) - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥) - عون المعبود (٩/ ٣٧٣).

(٤) هذا الأثر أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، وابن أبي شيبة برقم (١٦٤٤٩)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٤٨٢٦)، ووصله سعيد بن منصور في سننه برقم (٦٦٢)، وصححه الألباني في الإرواء. ينظر: المصنف، ابن أبي شيبة (٣/ ٤٩٩) - صحيح البخاري (٣/ ١٩٠) - السنن الكبرى للبيهقي (٧/ ٢٤٩) - إرواء الغليل (٦/ ٣٠٢-٣٠٤).

على قوة الشروط ونفاذها[1].

الدليل الرابع: أن " الشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط، فمقاطع الحقوق عند الشروط، وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط؟ بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر "[2].

وبناءً على ما سبق فإن الطبيب والمريض في العقد الطبي يجب عليهما الوفاء بالشروط الواردة بينهما، ولكل منهما حق فسخ العقد عند تخلف الالتزام بذلك.

---

(١) ينظر: عمدة القاري (١٣/ ٢٩٩) (٢٠/ ١٤٠) - الفتاوى الكبرى (٤/ ٩٠) - إعلام الموقعين (٣/ ٣٠٣).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٣٠٣).

الباب الثالث

الآثار المترتبة على العقد الطبي

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول : صفات العقد الطبي.

الفصل الثاني : استحقاق العوض في العقد الطبي.

الفصل الثالث : التزامات العاقدين في العقد الطبي، وحقوقهما.

الفصل الرابع : أحكام الضمان في العقد الطبي.

الفصل الأول

صفات العقد الطبي

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : صفة العقد الطبي من حيث الغاية.

المبحث الثاني : صفة العقد الطبي من حيث التسمية

المبحث الثالث : صفة العقد الطبي من حيث النفاذ.

المبحث الرابع : صفة العقد الطبي من حيث اللزوم.

المبحث الخامس : صفة العقد الطبي من حيث المعاوضة.

المبحث السادس : صفة العقد الطبي من حيث التأقيت.

"والأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ".

فتح القدير، ابن الهمام (٦/٤٨٩).

المبحث الأول

صفة العقد الطبي من حيث الغاية

تقدم أن العقد ينقسم باعتبار الغاية منه إلى: عقود التمليكات، وعقود المشاركات، وعقود الإسقاطات، وعقود التقييدات، وعقود التفويضات، وعقود التوثيقات، وعقود الحفظ(١).

وقد تبين أن عقود التمليكات هي التي يقصد منها تمليك العين، أو المنفعة، بعوض كالبيع، والإجارة، أو بغير عوض كالوصية، والهبة(٢).

وعند تأمل حقيقة العقد الطبي يتبين أنه من عقود التمليكات، ذلك أنه قد يرد على تملك العين، كما في بيع الأدوية الطبية، وحقوق الابتكار، والاستصناع، وقد يرد على تملك المنفعة كما في استئجار الطبيب، أو مجاعلته، فإن منفعة الطبيب يتملكها المريض بعوض تملكاً مؤقتاً.

وبذلك يتضح أن غاية العقد الطبي تمليك العين، أو المنفعة، وتمليك المنفعة هي الصورة الأكثر والأظهر في العقد الطبي.

وتمليك العين أو المنفعة في العقد الطبي بعوض هو الأغلب والأعم، وقد يرد في حالات قليلة تمليك العين أو المنفعة في العقد

(١) ينظر: المدخل للفقه، مدكور ص٥٩٨ - تاريخ الفقه، أبو العينين ص٤٨٦ - المدخل الفقهي العام (١/ ٦٤٤) - المدخل في الفقه، شلبي ص٥٦٦ - ٥٦٩ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٤٥ - ٣٤٨ - الحيازة في العقود ص٢٥.

(٢) ينظر: المدخل في الفقه، شلبي ص٥٦٧.

الطبي بغير عوض، كما لو أوصى الطبيب ببعض الأدوية لبعض المرضى، أو عالج الطبيب بعض الأشخاص على وجه التبرع.

المبحث الثاني

صفة العقد الطبي من حيث التسمية

تقدم أن العقود تنقسم باعتبار التسمية وعدمها إلى قسمين : عقود مسماة : أقر الشرع لها اسماً يدل على موضوعها، وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها، وعقود غير مسماة : لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها، ولم ترتب لها أحكام تخصها[١].

وقد تبين من خلال هذا البحث أن بعض الباحثين ذهبوا إلى أن العقد الطبي عقد غير مسمى، استناداً إلى ما له من خصوصية تميزه عن سائر العقود، وأن موضوعه الأساسي مختلف عن العقود الأخرى، وعن القواعد التي تحكمها، وما قد يوجد من تشابه بينه وبين العقود الأخرى لا يسلبه صفته المستقلة[٢]، بينما ذهب كثير من الباحثين إلى أن العقد الطبي مندرج في العقود المسماة، فهو عند الفقهاء لا يخرج عن عقود البيع، أو الإجارة، أو الجعالة، وعند القانونيين لا يخرج عن عقود العمل، أو المقاولة، أو الوكالة، أو الإذعان.

---

(١) ينظر: المدخل للفقه، مدكور ص٦٠١ - تاريخ الفقه، أبو العينين ص٥٠٢- المدخل الفقهي العام (١/ ٦٣٢) - المدخل في الفقه، شلبي ص ٥٥٦ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٥٥ - الحيازة في العقود ص٢٢-٢٣.

(٢) ينظر: عقد العلاج، مأمون ص١١٥ - ١١٧ عقد العلاج، شهيب ص٨٢- ٨٦ - العلاقة بين الطبيب والمريض، رضوان ص٧١- عقد العلاج، الزامل ص٣٧ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٢٣٣- العقد الطبي، عشوش ص١٨ - الطبيعة القانونية للعقد الطبي، بوليل ص٣٩- إرادة المريض، العبيدي ص٦٩.

وعند التأمل في ذلك يتبين بأن وصف العقد الطبي بأنه عقد غير مسمى على اعتبار أنه لم يسم بذلك في كتب الفقهاء المتقدمين وصف صحيح، ولا إشكال فيه، فإن الفقهاء لم يسموا العقد الذي يكون بين المريض والطبيب بالعقد الطبي، أو عقد العلاج، وإنما سموه باستئجار الطبيب، أو مجاعلته، أو بيع الطبيب للأدوية، ونحوها، والقانونيون رأوا أن العقد الطبي عقد مندرج في عقود العمل، أو المقاولة، وإن كانوا قد اصطلحوا في كتبهم على تسميته بالعقد الطبي، أو عقد العلاج.

وبناءً على ما سبق فإن الاصطلاح على تسمية العقد الطبي بهذا الاسم، أو بـ (عقد العلاج) اصطلاح مقبول، وإن كانت حقيقته وأحكامه قد نصت عليها الشريعة الإسلامية في عقود الإجارة، والجعالة، والبيع، "والأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ "[(١)]، وتبدل الأسماء والصور لا يبدل الأحكام والحقائق[(٢)].

---

(١) شرح فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٤٨٩).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٩٦).

المبحث الثالث

صفة العقد الطبي من حيث النفاذ

تقدم أن العقود تنقسم باعتبار النفاذ وعدمه إلى قسمين : عقود نافذة : وهي الخالية من كل حق لغير العاقدين يوجب توقفها على إرادته، ومن كل مانع آخر يمنع نفاذها، وعقود موقوفة : وهي التي فيها تجاوز على حق لغير العاقد، يوجب توقفه على إجازته، أو اشتمل على مانع يمنع نفاذه(١).

والعقد الطبي إذا صدر من أهله، وأضيف إلى محله، وسلمت أوصافه من الخلل، بأن صدر ممن له ولاية على العقد، ولم يقترن به مانع يمنع نفاذه فإنه يعتبر عقداً نافذاً تترتب عليه آثاره في الحال، أما إن صدر من غير أهله، أو شاب أوصافه الخلل، أو وجد مانع يمنع نفاذه فإنه يكون عقداً موقوفاً.

ومن أمثلة ذلك : عقد الصبي المميز، والمعتوه، فإن عقدهما الطبي قد ذهب بعض الفقهاء إلى صحته، ووقفه على إذن الولي، عملاً بأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

---

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٤٢٠ - تاريخ الفقه، أبو العينين ص٤٩٩- المدخل الفقهي العام (١/٦٣٨- ٦٣٩) - المدخل في الفقه، شلبي ٥٥٦ - المدخل إلى الفقه، الخياط ص١٤٧ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٥١ - صيغ العقود، الغليقة ص٣٩ - أقسام العقود، جستنيه (١/ ١٦٧).

ومن الأمثلة كذلك: تصرف الفضولي[(١)]، فقد ذهب جملة من الفقهاء إلى صحته، ووقفه على إجازة من يملك الإجازة، والقول بصحة تصرف الفضولي في العقد الطبي ووقفه على إجازة من يملك الإجازة قول وجيه؛ لأن ذلك قد يحدث كثيراً في مجال العقد الطبي، فقد يصاب الشخص ببعض الأمراض فجأة، ولا يوجد أحد من أقاربه وأوليائه بجواره، فيقوم شخص بإيصاله إلى المستشفى، أو استدعاء الطبيب ليعالجه، وقد يصاب أحد المارة نتيجة حادث سير، فينقله شخص إلى المستشفى، والقول ببطلان تصرف الفضولي في مثل هذه الأحوال قد يدعو إلى إحجام الناس عن نقل المرضى، وإحجام الأطباء عن مساعدتهم[(٢)].

وعليه فلو تعاقد الفضولي الذي قام بإسعاف المريض أو المصاب

---

(١) تصرف الفضولي اختلف الفقهاء في صحته، فذهب الشافعي في الجديد، والحنابلة في المشهور من مذهبهم، وابن حزم إلى بطلان تصرف الفضولي، واستدلوا بالنهي عن بيع الإنسان ما لا يملكه، ولا يقدر على تسليمه، وذهب الحنفية، والمالكية، والشافعي في القديم، وأحمد في رواية إلى صحة تصرف الفضولي، ووقفه على إجازة المالك، واستدلوا بأن الأصل في المعاملات الحل والإباحة، وأن هذا التصرف داخل في التعاون على البر والتقوى، وبحديث عروة البارقي، وعملاً بقاعدة أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، والراجح: ما ذهب إليه الجمهور من صحة تصرف الفضولي، ووقفه على من يملك الإجازة؛ لقوة أدلته، ولأن التصرف غير نافذ، بل هو موقوف، فلا يبطل معه حق الغير. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٧) - الهداية (٣/ ٦٨) - تبيين الحقائق (٤/ ١٠٣) - فتح القدير (٧/ ٥١) - حاشية ابن عابدين (٥/ ١٠٧) - مناهج التحصيل (٦/ ٢٥٦) - الذخيرة (٨/ ١٤) - القوانين الفقهية ص٢٧٠ - مواهب الجليل (٤/ ٢٧٠) - الشرح الكبير، الدردير (٣/ ١٢) - نهاية المطلب (٧/ ٥٩) - البيان (٥/ ٦٦) - المجموع (٩/ ٢٦٠) - أسنى المطالب (٢/ ١٠) - مغني المحتاج (٢/ ٣٥٠-٣٥١) - المحرر ص ٣١٠ - الفروع (٧/ ٦٠) - الإنصاف (٤/ ٢٨٣) - شرح المنتهى (٢/ ٩) - مطالب أولي النهى (٣/ ١٩) - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الدبيان (٢/ ١٢٧-١٥٣).

(٢) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص١٥٠ - ١٥١.

مع الطبيب فإن عقده يعد صحيحاً، ولا يكون نافذاً، بل يوقف على إجازة من يملك الإجازة.

ومن **الأمثلة كذلك عقد المكره**، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى صحته، وبقائه موقوفاً على إجازة المكره[1]، وعليه فلو حصل إكراه في العقد الطبي فإنه يكون عقداً موقوفاً، ويثبت فيه الخيار.

(١) هذه المسألة سبق بيانها، وعرض الخلاف في ص١٨٧- ١٨٨ من هذا البحث.

المبحث الرابع
صفة العقد الطبي من حيث اللزوم

تقدم أن العقود تنقسم باعتبار اللزوم وعدمه إلى قسمين : عقود لازمة : وهي الصحيحة النافذة التي لا تقبل الفسخ أبداً، أو تقبله عن طريق الإقالة، أو تراضي العاقدين، وعقود غير لازمة : وهي التي من طبيعتها أنها تقبل الفسخ من قبل أحد العاقدين أو كليهما ؛ لسبب يمنع لزومها[(١)].

وبالنظر إلى العقد الطبي يتبين أنه تكييفه يدور بين البيع، والإجارة، والجعالة، ولذا فمعرفة لزوم العقد الطبي مبني على معرفة لزوم هذه العقود.

فأما عقد البيع فهو عقد لازم بعد التفرق، ويدل لذلك ما يلي :

أولاً : عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال : (إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع)[(٢)].

---

(١) ينظر: المنثور في القواعد (٢/ ٣٩٨) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٢٧٥ - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٤٢٠ - تاريخ الفقه، أبو العينين ص٤٩٩- المدخل الفقهي العام (١/ ٦٣٨).

(٢) الحديث أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب برقم (٢١١٢)، ومسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس برقم (١٥٣١). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ٦٤) - صحيح مسلم (٣/ ١١٦٣).

وجه الدلالة : الحديث يدل على أن النبي ﷺ قد جعل البيع إلى غاية، وهي التفرق بين المتبايعين، أو قطع الخيار بينهما، مما يدل على لزوم البيع بعد هذه الغاية(١).

ثانياً : الإجماع على ذلك(٢)، وفيه يقول ابن قدامه رحمه الله : " لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه"(٣).

وأما عقد الإجارة فقد اختلف الفقهاء في لزومه على قولين :

القول الأول : أن عقد الإجارة عقد غير لازم، وبه قال شريح، وابن أبي ليلى(٤).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : قياس عقد الإجارة على العارية في عدم اللزوم، بجامع أنهما عقدان يبيحان المنفعة ولا يُمَلِّكَانها ؛ لكونها معدومة وقت العقد، والمعدوم لا يملك(٥)

وأجيب : بأن هذا قياس مع الفارق ؛ ذلك أن الإجارة من عقود المعاوضات، والعارية من عقود التبرعات، واللزوم أصل في عقود المعاوضات(٦).

---

(١) ينظر: عمدة القاري (١١/ ٢٢٩) - التمهيد (١٤/ ٨) - طرح التثريب (٦/ ١٤٩) - المغني (٣/ ٤٩٤).

(٢) ينظر: الإفصاح (١/ ٢٧٣) - المغني (٣/ ٤٩٤) - الشرح الكبير (٤/ ٦٣) - حاشية الروض (٤/ ٤٢٠).

(٣) المغني (٣/ ٤٩٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٥٥) - الأم (٤/ ٣١) - المغني (٥/ ٣٣٢).

(٥) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٤٥) - بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥-١٤٦).

(٦) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٤٥) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٦).

الدليل الثاني : أن عقد الإجارة أجيز للحاجة، وما كان كذلك فلا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم فيه(١).

وأجيب : بأن كونه أبيح للحاجة لا يمنع لزومه، قياساً على السلم(٢)، فقد أبيح للحاجة، ومع ذلك فهو من العقود اللازمة(٣).

القول الثاني: أن عقد الإجارة عقد لازم، وبه قال الجمهور من الحنفية(٤)، والمالكية(٥)، والشافعية(٦)، والحنابلة(٧).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١].

وجه الدلالة : أن مقتضى الوفاء بالعقود التزام كل واحد من الطرفين ما التزمه مع صاحبه، والإجارة عقد، فوجب الوفاء به، وكون العقد جائزاً ينافي هذا الالتزام(٨).

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٤٥) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٦).

(٢) السلم: عقد على موصوف في الذمة، مؤجل، ببدل يعطى عاجلاً مقبوضاً في مجلس العقد. ينظر: أنيس الفقهاء ص٧٩ - شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٩٥) - تحرير ألفاظ التنبيه ص١٨٧ - المطلع ص٢٩٣.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٤٦).

(٤) ينظر: المبسوط(١٥/ ١٤٥)- بدائع الصنائع(٤/ ٢٠١) - تبيين الحقائق(٥/ ١٤٥)- حاشية ابن عابدين(٨/ ٣٩٠)

(٥) ينظر: البيان والتحصيل (٩/ ٧٦) - الذخيرة (٥/ ٤٣٤) - مواهب الجليل (٥/ ٣٣٥) - الشرح الكبير (٢/ ١٣).

(٦) ينظر: الأم (٤/ ٣١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٦٦) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٦).

(٧) ينظر: المغني (٥/ ٣٣٢) - المبدع (٤/ ٤٣٨) - الإنصاف (٦/ ٥٨) - كشاف القناع (٤/ ٢٣).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١) - المنتقى (٥/ ١١٤) - الجامع لأحكام القرآن (٦/ ٣٢)

الدليل الثاني : الإجماع، وقد حكاه ابن تيمية رحمه الله بقوله : " إن كانت - أي : الإجارة - صحيحة فهي لازمة من الطرفين، باتفاق المسلمين "(١).

الدليل الثالث : قياس عقد الإجارة على عقد البيع في اللزوم، بجامع أن كلّاً منهما عقد معاوضة، فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ، والأصل في عقود المعاوضات اللزوم(٢).

الدليل الرابع : " أن الأصل في العقود اللزوم ؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها "(٣).

الراجح : القول الثاني : أن عقد الإجارة عقد لازم ؛ لقوة دليله، وحكاية الإجماع عليه.

أما عقد الجعالة فالأصل فيه أنه عقد جائز إلَّا بعد تمام العمل فإنه يصبح لازماً، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء(٤)، واستدلوا على ذلك بما يلي :

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٠/ ١٨٥).

(٢) ينظر : المبسوط (١٥/ ١٤٥) - بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٦) - المنتقى (٥/ ١١٤) - الذخيرة (٥/ ٤٣٤) - المهذب (٢/ ٢٥٣) - المغني (٥/ ٣٣٣) - المبدع (٤/ ٤٣٨)

(٣) الفروق (٣/ ٤٤٤).

(٤) وذهب بعض المالكية إلى أن عقد الجعالة عقد لازم قبل الشروع في العمل، وفي أثنائه، ولا يحق للجاعل فسخه، واستدلوا : بأن في الجعالة معنى الإجارة، ودفعاً للضرر عن المجعول له. ينظر : البيان والتحصيل (٨/ ٤٨٣) - الذخيرة (٦/ ١٨) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - الشرح الكبير (٤/ ٦٠، ٦٥) - الحاوي (٨/ ٣١) - نهاية المطلب (٦/ ٧٣)- روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٤-٦٢٦) - المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٦) - شرح المنتهى (٢/ ٣٧٤).

أولاً : أن القول بلزوم عقد الجعالة قبل تمام العمل يؤدي إلى اجتماع اللزوم، والجهالة، وهما متنافيان ؛ حيث إن جهالة العمل لا تُمَكِّن العامل من تحديد وقت معين لانتهاء عمله، وهذا لا يصح اجتماعه مع إلزامه بالعمل، وإلزام الجاعل بدفع العوض على أمر قد يحصل وقد لا يحصل(١).

ثانياً : أن الجعالة بالنسبة للجاعل تتضمن تعليق استحقاق بشرط، فأشبهت الوصية، والوصية لا تكون لازمة قبل موت الموصي، فكذلك الجعالة لا تكون لازمة قبل تمام العمل، والجعالة بالنسبة للعامل تصح مع جهالة العمل، فأشبهت المضاربة، بجامع أن كلّاً منهما عمل مجهول بعوض، والمضاربة غير لازمة، وأشبهت المضاربة في كونها لازمة بعد شروع المضارب(٢).

من خلال ما سبق يتبين ما يلي :

أ - العقد الطبي إذا كان في صورة البيع، أو الإجارة فهو عقد لازم بين الطبيب والمريض.

ب - العقد الطبي إذا كان في صورة الجعالة فهو عقد جائز بين الطبيب والمريض إلَّا إذا أتم الطبيب عمله الطبي أصبح العقد لازماً، واستحق الطبيب العوض.

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (٤/ ٦٠) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٤) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٦)- المغني (٦/ ٩٤).

(٢) ينظر: التلقين (٢/ ٤٠٥) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٤)- المغني (٦/ ٩٤).

المبحث الخامس

صفة العقد الطبي من حيث المعاوضة

تقدم أن العقود تنقسم باعتبار المعاوضة وعدمها إلى قسمين : عقود معاوضات : وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً، ويعطي شيئاً كالبيع والإجارة، وعقود تبرعات : وهي التي تقوم على أساس المنحة، والمعونة، والإحسان من أحد الطرفين للآخر، كالوديعة[1].

وبما أن العقد الطبي لا يخرج عن أحد العقود الثلاثة : البيع، والإجارة، والجعالة، فإنه بذلك يعد من عقود المعاوضات ؛ لأن المريض يبذل العوض، والطبيب يبذل منفعته، فكل من الطرفين يحصل على مقابل لما يعطي.

وما سبق هو الأصل في العقد الطبي إلا أن العقد الطبي قد يخرج في بعض صوره إلى التبرع، فهنا يكون العقد الطبي عقد تبرع لا عقد معاوضة، ولذلك أمثلة منها ما يلي :

أ - إذا قام مستشفى بالتعاقد مع طبيب بأجر لعلاج المرضى، على أن يقوم الطبيب ببذل منفعته للمرضى مجاناً، فهنا تكون علاقة الطبيب

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٦٤٠) - المدخل في الفقه، شلبي ٥٥٦ - المدخل إلى الفقه، الخياط ص١٤٥ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٧٣ - الشروط العقدية ص٤٩ - أحكام لزوم العقد ص٣٨.

بالمستشفى علاقة معاوضة، بينما تكون علاقته بالمرضى علاقة تبرع وإحسان.

ب - الاستشارات الطبية، والتي يقوم بها عدد كبير من الأطباء، سواءً كان ذلك في وسائل إعلامية، أو شبكات عنكبوتية، أو كان ذلك عبر اتصالات شخصية، وأما الاستشارة الطبية التي تكون بعقد مع المستشير، يتمتع فيها المستشار الطبي بالاستقلالية في الرأي والعمل، والتي يقدم الطبيب فيها خبرته ودرايته في استشارة شفهية أو كتابية أو الكترونية فإنها لا تخرج عن كونها عقد إجارة أو عقد جعالة، فتكون عقد إجارة إذا حُدِّدت مدتها، أو حُدِّد فيها العمل، وتكون من قبيل عقد الجعالة إذا كان التعاقد فيها على تقديم تقرير طبي أو دراسة عن معلومات مؤثرة، تحقق نتائج، ولا يتحدد مقدار العمل فيها، ويستحق العوض فيها بتمام العمل(١).

ج - لو قام الطبيب بابتكار دواء، ونحوه، وبذله للناس مجاناً دون مقابل.

(١) ينظر: الأحكام الفقهية المتعلقة بالاستشارة الطبية الالكترونية، إبراهيم التنم ص٢٣، ٢٨-٢٩.

المبحث السادس

صفة العقد الطبي من حيث التأقيت

تقدم أن العقود تنقسم باعتبار التأقيت وعدمه إلى قسمين : عقود مؤقتة : وهي التي من طبيعتها أن تحدد بمدة معينة من الزمن، أو تكون قابلة للتحديد وتحدد كعقد الإجارة، وعقود غير مؤقتة : وهي التي ليس من طبيعتها أن تحدد بمدة من الزمن، أو تكون قابلة للتحديد، ولم تحدد كالبيع، والنكاح[(١)].

الأصل في العقد الطبي أنه من العقود المؤقتة ؛ لأنه عقد إجارة أشخاص في غالب صوره وأحواله، والأجير في عقد إجارة الأشخاص إما أن يكون أجيراً خاصاً، أو أجيراً مشتركاً، فإن كان أجيراً خاصاً فالعقد معه عقد مؤقت ؛ لأن الأجير الخاص هو من قدر نفعه بالزمن، وإن كان أجيراً مشتركاً فالأصل أن يتم التعاقد معه على العمل، وتقدم أنه يجوز الجمع بين المدة والعمل في عقد الإجارة، ويكون ذكر المدة من باب الحث والحض على التعجيل[(٢)].

أما إذا كان العقد الطبي في صورة البيع فلا يمكن تأقيته ؛ لأن عقد البيع من العقود غير المؤقتة.

---

(١) ينظر: المنثور في القواعد (١/ ٢٤٠) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٢٨٢ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٨٣ - الشروط العقدية ص٥٣ - أحكام لزوم العقد ص٣٩ -٤١ - تقسيمات العقود، السعيد ص ٢٣٠ -٢٣٢.

(٢) ينظر: ص٤٣٧ - ٤٤٣ من هذا البحث.

أما إذا جاء العقد الطبي في صورة الجعالة، فقد اختلف الفقهاء في تأقيته، وقد سبق عرض المسألة، وذكر الخلاف فيها[(١)]، وترجح أنه يصح تأقيت عقد الجعالة، والجمع فيه بين المدة والزمن.

وبناءً على ما سبق يقال: العقد الطبي قد يكون مؤقتاً، وقد يكون غير مؤقت، فيكون مؤقتاً متى كان في صورة الإجارة، أو الجعالة، ولا يكون مؤقتاً متى كان في صورة البيع.

---

(١) ينظر: ص٤٤٤-٤٤٨ من هذا البحث.

الفصل الثاني

استحقاق العوض في العقد الطبي

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف العوض في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني : أنواع العوض في العقد الطبي

المبحث الثالث : شروط العوض في العقد الطبي.

المبحث الرابع : استحقاق الطبيب العوض في العقد الطبي.

"ما من مسألة تفرض إلا وفي الشرع دليل عليها ، إما بالقبول أو بالرد" .

المنخول، الغزالي ص٤٦٠.

المبحث الأول
تعريف العوض في اللغة والاصطلاح

العوض في اللغة : " العين والواو والضاد كلمتان صحيحتان، إحداهما تدل على بدل للشيء، والأخرى على زمان "[(١)]، والعوض : الاسم، من عاض يعوض عوضاً وعِياضاً، وتعوَّض واعتاض : إذا أخذ العوض، وجمع العوض : أعواض، فهو لفظ يطلق على الخلف، والبدل، والإعطاء[(٢)].

العوض في الاصطلاح :عرف العوض في الاصطلاح بعدد من التعريفات أبرزها ما يلي :

التعريف الأول : " **ما يعطى في مقابلة العمل** "[(٣)].

التعريف الثاني : " ما يبذل في مقابلة غيره"[(٤)].

التعريف الثالث : " الشيء الذي يدفع على جهة المثامنة بعقد، وهو عام في النقود، وغيرها"[(٥)].

بالنظر في التعريفات السابقة : يتضح أن التعريف الأول والثالث يقصران العوض على ما كان يبذل من المال مقابل التملك، أو المنفعة،

---

(١) مقاييس اللغة (٤/ ١٥٣).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة (٤/ ١٥٣) - النهاية (٣/ ٦٠٦) - لسان العرب (٧/ ١٩٢) - المصباح المنير (٢/ ٤٣٨).

(٣) أنيس الفقهاء ص٣٢.

(٤) المطلع ص٢٥٥.

(٥) معجم لغة الفقهاء ص٢٩٣.

أو العمل، أما التعريف الثاني فلفظ العوض يصدق فيه على كل متقابلين في العقد، فيطلق على الثمن والمبيع، وعلى المنفعة والأجرة، وعلى العمل والجُعْل.

وأقرب التعريفات السابقة التعريف الثالث.

ولفظ العوض أوسع من لفظ الثمن، ولفظ الأجرة، ويتضح ذلك من خلال ما يلي:

أولاً: أن العوض يستعمل في ما كان من العين، والورق، ومن غيرهما، بخلاف الثمن فإنه يستعمل فيما كان عيناً، أو ورقاً[(١)]، فالعوض عام في النقود، وغيرها كالمنافع، بينما الثمن خاص بالنقود[(٢)].

ثانياً: أن العوض أعم؛ حيث يصح أن يكون عوضاً في الإجارة ما لا يصح أن يكون عوضاً في البيع، كالمنفعة تصح بدلاً عن منفعة في الإجارة، ولا تصح أن تكون ثمناً في البيع؛ لأن البيع تملك[(٣)].

---

(١) ينظر: الفروق اللغوية، العسكري ص٢٦٢.

(٢) ينظر: معجم لغة الفقهاء ص٢٩٣.

(٣) ينظر: العقد على المنافع، بلغيتي ص١٠١.

المبحث الثاني
أنواع العوض في العقد الطبي

العوض يتنوع إلى أنواع متعددة باعتبارات مختلفة[١]

الاعتبار الأول : باعتبار ما يصح أن يكون عوضاً، وما لا يصح :

ينقسم العوض بهذا الاعتبار إلى قسمين :

القسم الأول : ما يصح أن يكون عوضاً، ويقصد به : كل ما استوفى الشروط الشرعية المحددة، من حيث : إباحته، وتسميته، والعلم بمقداره، وبيان نوعه، ووصفه.

القسم الثاني : ما لا يصح أن يكون عوضاً، ويقصد به : ما اختلت فيه شروطه الشرعية، أو بعضها، ويشمل ذلك : العوض المجهول، والمحرم، وما لا منفعة فيه في الإجارة، ونحوها[٢].

الاعتبار الثاني : باعتبار ذات العوض[٣] :

ينقسم العوض بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية :

القسم الأول أن يكون العوض عيناً، والعين : الحاضر من كل

---

(١) سبق أن بينت أن العوض يطلق على الثمن والمبيع، والمنفعة والأجرة، والجعل والعمل، ولكنني سأقتصر في هذا المبحث على أقسام العوض باعتباره ثمناً وأجرة وجعلاً.

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٣١/ ٥٩-٦٠)- معلومية العوض في العقود، بارودي ص١٦١-١٦٢

(٣) ينظر: المصدران السابقان، نفس أرقام الأجزاء والصفحات.

شيء مادي[١].

ويقصد به هنا : كل شيء معيَّن مشخَّص، كبيت، وسيارة حاضرتين، وصبرة دراهم حاضرة[٢].

فالعوض العيني : الاعتياض بكل شيء معيَّن مشخَّص، كهذه الدراجة ثمناً لهذا الدواء، ونحوها.

والفقهاء يستعملون مصطلح الأعيان لأحد معنيين :

الأول : الأعيان في مقابل الديون، وهو الأكثر في استعمالهم، فيعنون بالأعيان الأموال الحاضرة نقداً، أو غيره، ويعنون بالديون ما يثبت في الذمم بعقد، أو استهلاك، أو غيرهما.

الثاني : الأعيان في مقابل المنافع، وهو كثير في استعمالهم، ويعنون بالأعيان : الأصول، وبالمنافع : الفوائد العرضية المستفادة من الأصول والأعيان مع بقائها[٣].

القسم الثاني : **أن يكون العوض ديناً** ، ويقصد به هنا : ما يثبت في الذمة من غير أن يكون معيناً مُشَخَّصاً، سواءً كان نقداً أم غيره[٤].

والعوض الديني : الاعتياض بكل ما يثبت في الذمة، من غير أن يكون معيناً مُشَخَّصاً، كشراء دواء بألف ريال سعودي.

---

(١) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٥٤ - معجم لغة الفقهاء ص٣٢٦.

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٤/ ١٤٧) - معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٥٤.

(٣) وقد يطلق العين ويراد به الذهب والفضة. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/ ٢٦٤) - معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٥٤ - قضايا فقهية معاصرة في المال ص١٨٩ - الأشياء المختلف في ماليتها ص٣٣٠-٣٣١.

(٤) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص١٦٤ -٢٥٤ - قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص١٨٩ - الأشياء المختلف في ماليتها ص٣٣٠-٣٣١.

القسم الثالث : أن يكون العوض منفعة، ويقصد بذلك : الاعتياض بالفوائد العرضية المستفادة من الأعيان والأصول مع بقائها[١]، كالعمل في عيادة الطبيب مدة ثلاثة أيام ثمناً للدواء الذي اشتراه من عنده.

القسم الرابع : أن يكون العوض حقاً ، ويقصد بذلك : الاعتياض بسلطة واردة على شيء غير مادي، كأن يقوم المريض بإعطاء الطبيب حقه في اسم تجاري مقابل أن يقوم الطبيب بعلاجه[٢].

الاعتبار الثالث : باعتبار التعجيل والتأجيل، وينقسم بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية :

القسم الأول : العوض المعجل، وهو: العوض الذي اشترط تعجيله في العقد، أو جرى العرف بتعجيله.

القسم الثاني : العوض المؤجل، وهو : العوض الذي اشترط تأجيله في العقد، أو جرى العرف بتأجيله.

القسم الثالث : العوض المقسط، ويقصد به : العوض الذي اشترط في العقد، أو جرى العرف بتعجيل بعضه، وتأجيل بعضه على أقساط يتفق عليها.

القسم الرابع : العوض المطلق، ويقصد به : العوض الذي أطلق ذكره في العقد بدون تعجيل ولا تأجيل، ولم يجر العرف في ذلك بتعجيل أو تأجيل[٣].

---

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/ ٢٣٠).

(٢) جمهور الفقهاء يرون مالية المنافع، والحقوق، وجواز الاعتياض بها وعنها خلافاً للحنفية، وقد تقدم عرض الخلاف في المسألة.

(٣) ينظر: العقود المسماة في الفقه، عقد البيع، مصطفى الزرقا ص١٠٤ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص٩٦. وسيأتي الكلام على حكم تأجيل العوض وتعجيله وإطلاقه في المباحث القادمة.

"المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل".

الموافقات (١٧٧/٥)

المبحث الثالث

شروط العوض في العقد الطبي

يشترط في العوض في العقد الطبي سواءً كان ثمناً، أو أجرة، أو جعلاً الشروط التالية[١] :

الشرط الأول : أن يكون العوض مالاً مباحاً طاهراً.

وهذا شرط في الثمن، والأجرة، والجعل، فاتفق الفقهاء على تحريم جَعل الميتة أو الدم عوضاً في البيع[٢].

وقد وافق الفقهاء هذا الإجماع في الأجرة، والجُعل[٣].

وعليه فلا يصح أن يكون العوض محرماً، كآلات اللهو، أو الميتة، والدم، أو النجس، وقد جاء في حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : (إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام)[٤].

---

(١) سبق التعرض لبعض هذه الشروط في مواضع متفرقة من البحث، وسأذكرها هنا مجتمعة.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٥٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٨) - شرح فتح القدير (٦/ ٤٠٣) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٥) - عقد الجواهر (٢/ ٦٢٠) - مواهب الجليل (٤/ ٢٦٣ -٢٦٥) - حاشية الدسوقي (٤/ ٦٠) - روضة الطالبين (٣/ ٣٥٠، ٣٥٢) - مغني المحتاج (٢/ ٦٢٠) - المغني (٥/ ٣٢٧) - المبدع (٤/ ٤١١) - كشاف القناع (٣/ ٥٥٦).

(٤) الحديث أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام برقم (٢٢٣٦)، ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الخمر والميتة برقم (١٥٨١). ينظر صحيح البخاري (٣/ ٨٤) - صحيح مسلم (٣/ ١٢٠٧).

فالنبي ﷺ نهى عن بيع هذه الأشياء ؛ لانتفاء ماليتها، وأن وضع الثمن فيها إضاعة للمال، وقد نهي عن إضاعته، وانتفاء ماليتها يوجب عدم صحة الاعتياض بها(١).

الشرط الثاني : أن يكون العوض معلوماً.

وهذا شرط قد حكي الإجماع عليه في الثمن(٢) في عقد البيع، وكذلك حكي الإجماع عليه في الأجرة في عقد الإجارة(٣)، وفي الجعالة(٤).

فيشترط في الثمن، وفي الأجرة، وفي الجعل العلم بها، وتحديدها التحديد النافي للجهالة والغرر، الدافع للخصام والنزاع، وقد جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن الغرر(٥)، وجاء في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره)(٦) ؛ ولأن عدم العلم بالعوض يفضي إلى النزاع، ويمنع التسلم

---

(١) ينظر : شرح ابن بطال (٦/ ٣٦٠) - التمهيد (٤/ ١٤٤)- شرح النووي على مسلم (١١/ ٨).

(٢) ينظر في حكاية الإجماع: الإجماع ص١٣٥ - الاستذكار (٦/ ٤٣٣) - المجموع (٩/ ٣٣٣) - البناية (٨/ ١٥)، وجمهور الفقهاء على اشتراط العلم بالثمن، وقال الحنفية: إذا كان الثمن مجهولاً ينعقد البيع فاسداً، ويثبت الملك إذا قبضه، وخالف ابن تيمية فقال: يصح البيع مع جهالة الثمن، ويجب ثمن المثل. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٨٣) - تبيين الحقائق (٤/ ٦١) - البحر الرائق (٦/ ١٠٠) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٩) - المقدمات الممهدات (٢/ ٩٤) - مواهب الجليل (٤/ ٢٧٦) - حاشية الدسوقي (٣/ ١٥) - منح الجليل (٤/ ٤٦٥) - الوسيط (٣/ ٨٥) - المجموع (٩/ ١٧١) - الغرر البهية (٢/ ٢٩٣) - مغني المحتاج (٢/ ٣٥٣) - الفتاوى الكبرى (٥/ ٣٨٧) - المبدع (٤/ ٣٣) - الإنصاف (٤/ ٣٠٩) - كشاف القناع (٣/ ١٧٣).

(٣) ينظر في حكاية الإجماع: الإجماع، ابن المنذر ص١٤٤ - المغني (٥/ ٣٢٧) - الإقناع في مسائل الإجماع (٣/ ١٥٦٦) - الجامع لأحكام القرآن (١٣/ ٢٧٥) - البناية (١٠/ ٢٢٦).

(٤) ينظر في حكاية الإجماع: نهاية المطلب (١٧/ ٤٧٧).

(٥) الحديث سبق تخريجه ص١٨٩.

(٦) الحديث سبق تخريجه ص١٩٠.

والتسليم، ويحول دون تحقق مقصود العقد[١].

الشرط الثالث : أن يكون العوض مملوكاً، ومقدوراً على تسليمه.

وهذا شرط في الثمن، والأجرة ، والجُعْل، وقد أجمع الفقهاء على اشتراط كون المبيع في عقد البيع، والمنفعة في عقد الإجارة مقدوراً على تسليمها[٢] ؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه يكون معدوماً، والمعدوم لا يصح أن يكون محلاً للعقد، سواءً كان ثمناً، أو أجرة، أو جعلاً[٣]، ولأن عدم القدرة على التسليم يدخل في الغرر، والنبي ﷺ قد نهى عن بيع الغرر[٤].

وبناءً على ما تقدم فإن العوض في العقد الطبي يشترط فيه أن يكون مالاً، مباحاً، طاهراً، معلوماً، مقدوراً على تسليمه، سواءً كان ثمناً في بيع الأدوية، أو أجرة، أو جعلاً في العمل الطبي.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٠) - الهداية (٣/ ٢٣٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٧) - الهداية (٣/ ٢٣٨) - فتح القدير (٦/ ٤٢٣) - الاستذكار (٦/ ٤٥٥) - المعلم (٢/ ٢٢٤) - مواهب الجليل (٥/ ٤٢٢) - نهاية المطلب (١٧/ ٤٧٧) - شرح النووي على مسلم (١٠/ ١٥٦) - طرح التثريب (٦/ ١٠٥) - المغني (٤/ ١٥١)- المبدع (٤/ ٤٢٠) - نيل الأوطار (٥/ ١٧٥).

(٣) كون الثمن، والأجرة، والجعل مقدوراً على تسليمها هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وخالف بعض الحنفية وابن حزم فلم يشترطوا ذلك. ينظر: المبسوط (١٤/ ٣) - تبيين الحقائق (٤/ ١٤٥) - البحر الرائق (٦/ ٢٢١) - المنتقى (٥/ ٤١) - عقد الجواهر (٢/ ٦٢٢) - حاشية الدسوقي (٤/ ٦٠) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤١) - مغني المحتاج (٢/ ٦٢٠) - إعانة الطالبين (٢/ ١٣١) - المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٤/ ٢٣) (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٣/ ١٦٢) (٤/ ٢٠٥) - المحلى (٧/ ٢٨٦).

(٤) سبق تخريجه ص١٨٩.

المبحث الرابع

استحقاق الطبيب العوض في العقد الطبي

وفيه عشرة مطالب :

المطلب الأول : استحقاق الطبيب العوض في العقد الطبي

المطلب الثاني : حكم تعجيل العوض وتأجيله في العقد الطبي.

المطلب الثالث :حكم تجزئة العوض في العقد الطبي.

المطلب الرابع : مكان استيفاء العوض في العقد الطبي.

المطلب الخامس : حكم حبس العين لاستحقاق العوض.

المطلب السادس : حكم استحقاق العوض في العقد الطبي حال الإفلاس.

المطلب السابع : حكم استحقاق العوض في العقد الطبي الفاسد.

المطلب الثامن : حكم تحديد العوض في العقد الطبي.

المطلب التاسع : حكم أخذ العوض من شركات التأمين.

المطلب العاشر : الأجرة في العقد الطبي.

المطلب الأول

استحقاق الطبيب العوض في العقد الطبي

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول

استحقاق الطبيب الثمن في عقد البيع

من أبرز الآثار المترتبة على عقد البيع تسليم المبيع إلى المشتري، وتسليم الثمن إلى البائع إلَّا أن يمنع من ذلك عرف، أو شرط[(١)]، " فتسليم البدلين واجب على العاقدين؛ لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم، فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً إيجاباً لتسليمهما ضرورة، ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض؛ لأنه عقد مبادلة "[(٢)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه، وفيه : (الدين مقضي)[(٣)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٣) - تبيين الحقائق (٤/ ١٤) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٠) - مناهج التحصيل (٦/ ٣٦٢) - مواهب الجليل (٤/ ٤٧٩) - حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٧)- الحاوي (٥/ ٦٣) - البيان (٥/ ٧٠) - روضة الطالبين (٤/ ١٤٢) - المغني (٤/ ١٤٩) - المبدع (٤/ ١١٤) - الإنصاف (٤/ ٤٥٨).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٣).

(٣) الحديث أخرجه أحمد في المسند برقم (٢٢٢٩٤)، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في =

وجه الدلالة : " وصف - عليه الصلاة والسلام - الدين بكونه مقضياً، عاماً أو مطلقاً، فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً، وهذا خلاف النص "[(١)].

الدليل الثاني : أن المعاوضات مبناها على المساواة عادة، وحقيقة، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن؛ لأن المبيع متعين قبل التسليم، والثمن لا يتعين إلا بالتسليم، فلا بد من تسليمه تحقيقاً للمساواة[(٢)].

وعليه فإن الطبيب يستحق ثمن الدواء، والابتكار، والتركيبات الصناعية عندما يسلمه الطبيب الأدوية، والتركيبات الصناعية، ونحوها.

= تضمين العارية برقم (٣٥٦٥)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة برقم (١٢٦٥)، وابن ماجة في سننه، أبواب الصدقات، باب الكفالة برقم (٢٤٠٥)، والدارقطني في سننه برقم (٢٩٦٠)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٨٠٨)، وحسنه الترمذي، وابن الملقن، ووثق الهيثمي رجاله، وصححه الألباني. ينظر: المسند (٣٦/ ٦٢٨) - سنن أبي داود (٥/ ٤١٧) - سنن الترمذي (٢/ ٥٥٦) - سنن ابن ماجة (٣/ ٤٨٢) - سنن الدارقطني (٣/ ٤٥٤) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٨٨) - البدر المنير (٦/ ٧٠٨) - مجمع الزوائد (٤/ ٢٨٥) - إرواء الغليل (٥/ ٢٤٥).

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٩).

(٢) ينظر: المصدر السابق نفس رقم الجزء والصفحة.

الفرع الثاني
استحقاق الطبيب الأجر المسمى
في عقد الإجارة الطبي

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : حكم أخذ الطبيب للأجرة في العقد الطبي :

استحقاق الأجير للأجرة المتفق عليها من أهم آثار عقد الإجارة ومقتضياته، سواءً كان الأجير مشتركاً، أو خاصاً، ويدل على ذلك أدلة منها ما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

الدليل الثاني : عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال : (قال الله : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره)[١].

الدليل الثالث : عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)[٢].

وجه الدلالة مما سبق : أن الله نهى عن استيفاء منفعة الأجير بغير عوض، وأمر بالمبادرة في إعطاء الأجير أجره[٣]، مما يدل على أن الأجرة من أهم آثار عقد الإجارة ومقتضياته.

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٢٣٥. (٢) الحديث سبق تخريجه ص٢٣٥.

(٣) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٣٥) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤) - فيض القدير (١/ ٥٦٢) - تكملة المجموع (١٥/ ١٧).

وحيث تبين سابقاً أن الفقهاء متفقون على جواز استئجار الطبيب للعلاج، إلَّا أنهم اختلفوا في جواز أخذه للأجرة، وكان اختلافهم على قولين :

القول الأول : أن أخذ الطبيب للأجرة غير جائز، وهذا قول عند الشافعية فيما لا مشقة على الطبيب فيه(١)، وقال به بعض المعاصرين كأبي زهرة(٢).

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول : أن علم الطب لا مشقة على الطبيب في تعلمه والتلفظ به، وهو علم لا ينتقل من الطبيب إلى غيره، ولا يتعب في تعليمه فليس مما يقابل بعوض(٣).

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال من الأوجه التالية :

الوجه الأول : القول بأن علم الطب لا مشقة فيه غير مُسَلَّم، بل هو من العلوم التي لا تحصل إلا بجهد وطول وقت في التعلم والتعليم، كما أن فيه مشقة في إجراء الفحص والتحاليل والجراحة وغيرها.

الوجه الثاني : التعليل بوصف علم الطب أنه لا ينتقل إلى الغير وصف غير مؤثر.

الدليل الثاني : أن الطب فرض كفائي يجب القيام به، وما دام كذلك فليس من حق الطبيب إجراء التعاقد عليه ؛ لأن فروض الكفاية

---

(١) ينظر: إحياء علوم الدين (٢/ ١٥٥) - حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢/ ٤٠٦) - الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي (٣/ ١٤٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٦).

(٢) ينظر: أجرة الطبيب، محمد أبو زهرة ص ٤٠.

(٣) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ١٤٩).

أساسها التعاون على ما تقوم به مصالح الناس في الدنيا، وبهذا ينتقل الطب من كونه حقاً يتعاقد عليه الطبيب إلى أن يكون واجباً لا يجري عليه التعاقد[١].

نوقش هذا الدليل من الوجهين التاليين :

الوجه الأول : أن جمهور الفقهاء يعتبرون الطب من فروض الكفاية تعلماً وممارسة، ولكنهم يجمعون على أن ممارسته من الأعمال التي يباح التعاقد عليها[٢]، وفي ذلك يقول ابن قدامة : " ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافا "[٣].

الوجه الثاني : أن فرض الكفاية منه ما لم يعتبر فيه حظ المكلف كالولايات العامة فلا يجوز الاستئجار عليه، ومنه ما اعتبر فيه ذلك، وهو ما كان فيه مصلحة النفس والغير كالصناعات فيجوز الاستئجار عليه، وقسم يتوسط بينهما[٤]، فيكون الطب من الصنائع والحرف التي يجوز الاستئجار عليها.

الدليل الثالث: أن من شرط عقد الإجارة أن تكون المنفعة معلومة، وهذا الشرط غير متحقق في عقد التطبيب، فالمال الذي يأخذه الطبيب عوض عن عمل مجهول القدر والزمان وهو الشفاء[٥].

ونوقش هذا الاستدلال : بأن استئجار الطبيب يقدر بالمدة أو بالعمل لا بالبرء، فإن تمت المدة وبرئ المريض أولم يبرأ فله الأجرة كلها، وبذلك يتبين أن العقد الذي يعقده الطبيب مع مريضه ليس عقداً

---

(١) ينظر: أجرة الطبيب، أبو زهرة ص٤٠.
(٢) ينظر: أضواء على أجرة الطبيب، تمام اللودعمي ص ٢٢٣.
(٣) المغني (٥/ ٣٩٨).
(٤) الموافقات (٢/ ٣١٢- ٣١٣).
(٥) ينظر: أجرة الطبيب، أبو زهرة ص٤٢.

على الشفاء، وبهذا قال جمهور الفقهاء، وتعارف عليه أهل الطب[١].

الدليل الرابع: أن الأجرة يجب أن تكون برضى المتعاقدين كما في قوله تعالى ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النِّساء: ٢٩]، وهنا الاضطرار قائم في حق المريض، والاضطرار والاختيار متناقضان لا يجتمعان، وحصوله لأحد المتعاقدين يسبب فساد العقد[٢].

ونوقش هذا الاستدلال من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أنه ليس كل الحالات التي يذهب فيها المريض للطبيب يكون فيها مضطراً بل قد يذهب المريض للفحص الدوري، أو لإجراء عملية جراحية تجميلية فلا يتحقق الاضطرار[٣].

الوجه الثاني: أنه يمكن أن تلجأ الدولة لتحديد الأجر على الأطباء، وعندها يزول الاستغلال، ويعود التعاقد صحيحاً بين الطبيب والمريض، وذلك دفعاً للضرر وتحقيقاً للمصلحة العامة، وبذلك نستطيع أن نقوم بتصحيح العقد عن طريق تحديد الأجر بدل إبطاله[٤].

القول الثاني: أن أخذ الطبيب للأجرة جائز، وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨].

---

(١) ينظر: أضواء على أجرة الطبيب ص٢٢٦. (٢) ينظر: أجرة الطبيب، أبو زهرة ص٤٢.

(٣) ينظر: أضواء على أجرة الطبيب ص٢٢٨. (٤) ينظر: المصدر السابق، ص٢٢٧.

(٥) ينظر: شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٦) - البدائع (٤/ ١٩٠) - الهداية (٣/ ٢٣٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٤).

(٦) ينظر: المدونة (٣/ ٤٦٢) - المنتقى (٧/ ٢٩٨)- التاج والإكليل (٧/ ٥٦١) - الشرح الكبير (٤/ ٢٩).

(٧) ينظر: المهذب (١/ ٤٥٧) - نهاية المطلب (١٨/ ٢١٦) - المجموع (٩/ ٥٨) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩).

(٨) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٨) - المبدع (٤/ ٤٣١) - كشاف القناع (٤/ ١٣) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٤٣).

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول : ما أخرجه البخاري أن النبي ﷺ قال : (أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله)(١).

الدليل الثاني : عن خارجة بن الصلت عن عمه أنه مر بقوم فأتوه، فقالوا : إنك جئت من عند هذا الرجل بخير فارق لنا هذا الرجل، فأتوه برجل معتوه في القيود فرقاه بأم القرآن ثلاثة أيام غدوة وعشية، وكلما ختمها جمع بزاقه، ثم تفل فكأنما أنشط من عقال، فأعطوه شيئا، فأتى النبي ﷺ فذكره له فقال النبي ﷺ :(كُلْ فَلَعَمْرِي لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق)(٢).

وجه الدلالة : الحديث يدل على إباحة أجر الطبيب والمعالج، ، ذلك أن القراءة والنَّفْث فعل من الأفعال المباحة، وقد أبيح له أخذ الأجرة عليها، وكذلك ما يفعله الطبيب من قول أو وصف علاج(٣).

الدليل الثالث : عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : (احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجرة)(٤).

وجه الدلالة : فيه دليل على جواز أخذ الأجرة على الحجامة، وعلى استئجار الطبيب، حيث إن النبي ﷺ قد فعل ذلك، وفعله دليل الجواز(٥)

الدليل الرابع : الإجماع، حكاه ابن قدامة - رحمه الله - فقال :

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٥. (٢) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٦.
(٣) ينظر: شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٦) - معالم السنن (٣/ ١٠١) - شرح السنة (٨/ ٢٦٨).
(٤) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٤.
(٥) ينظر: المنتقى (٧/ ٢٩٨) - شرح النووي على مسلم (١٠/ ٢٤٢) - فتح الباري (٤/ ٤٥٩).

"ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافا "[١]، وإذا جاز الاستئجار جاز بذل الأجرة .

الدليل الخامس : **أن الطب من المنافع التي يحتاجها العباد**، وهو مما تمس الحاجة إليه، وقد أُذِن فيه، فلو لم يأذن فيه الشرع بعوض أو بغير عوض لأدى تركه إلى هلاك العالم واختلال نظامه[٢].

الراجح : هو القول الثاني المتضمن جواز أخذ الطبيب للأجرة، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي :

أولاً : أن أدلته أقوى، ودلالتها أوجه، وأخص في المسألة، والدليل الخاص أولى في الاعتبار.

ثانياً : أن الطب فعل مباح، وبالناس حاجة إليه، ويجوز الاستئجار عليه، كسائر المهن والصنائع، وإذا جاز الاستئجار على الطب جاز بذل الأجرة للطبيب.

المسألة الثانية : وقت استحقاق الطبيب للأجرة في العقد الطبي :

الطبيب إما أن يكون أجيراً خاصاً ، وإما أن يكون أجيراً مشتركاً.

فإن كان أجيراً خاصاً فالذي عليه جمهور فقهاء الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية[٥]،

(١) المغني (٥/ ٣٩٨).

(٢) ينظر: قواعد الأحكام (٢/ ٦٩) - المغني (٥/ ٣٩٨).

(٣) ينظر: المبسوط (١٥/ ٢٩٩) - البدائع (٤/ ٢٠٣) - الهداية (٣/ ٢٤٥) - الفتاوى الهندية (٤/ ٥٠٠).

(٤) ينظر: التاج والإكليل (٧/ ٥٠٠) - مواهب الجليل (٥/ ٣٩٥) - الشرح الكبير (٤/ ٤).

(٥) ينظر: نهاية المطلب(٨/ ١٥٨) - روضة الطالبين (٥/ ٢٤٧) - أسنى المطالب ٢/ ٤٣٢) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٩)

والحنابلة[١] أن الأجير الخاص يستحق الأجرة كاملة بتسليم نفسه، ومضي المدة المتفق عليها ؛ لأن المعقود عليه منفعة الأجير مدة من الزمن، إن عمل فيها الأجير استحق بدل عمله ووقته، وإن سلم نفسه ولم يعمل استحق أجرته ؛ ولأن منافعه فاتت تحت يد المستأجر، والتفويت بلا عذر كحقيقة الانتفاع[٢].

وأما إن كان مشتركاً فقد اختلف الفقهاء في وقت استحقاقه للأجرة على قولين :

القول الأول : أنه ينظر إلى حال الأجير المشترك فإن كان يعمل في ملك المستأجر أو تحت يده فله المطالبة بحسب ما عمله، أما إذا لم يكن كذلك فلا يستحقها إلَّا بعد الفراغ من العمل وتسليمه لمستأجره، وهذا مذهب الحنفية[٣]، وبه قال الشافعية في غير إجارة الذمة[٤].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : أن الأجير إذا عمل في ملك المستأجر، أو ما تحت يده فإن كل جزء من العمل يعتبر مُسَلَّماً حكماً للمستأجر، باعتبار ثبوت يده عليه، فوجب عليه بدله من الأجرة[٥].

ونوقش : بأن التسليم قبل الفراغ لا أثر له، بل الفراغ من العمل

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٤) - قواعد ابن رجب ص٦٩ - المبدع (٤/ ٤٤٦) - الإنصاف (٦/ ٨٢).

(٢) ينظر: القواعد، ابن رجب ص٦٩ - الإنصاف (٦/ ٨٢) - كشاف القناع (٤/ ٣٤ -٣٥).

(٣) ينظر: البدائع (٤/ ٢٠٤) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٩) - العناية (٩/ ٧٤) - حاشية ابن عابدين (٦/ ١٤).

(٤) ينظر: المهذب (٢/ ٢٧٦)- البيان (٧/ ٣٨٤) - روضة الطالبين (٥/ ١٧٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٥) - المهذب (٢/ ٢٧٦).

هو الموجب للأجر[(١)].

الدليل الثاني : أن الإجارة على العمل الذي في الذمة سَلَمٌ في المنافع المستقبلة، فوجب فيه تسليم الأجرة في مجلس العقد، والعمل إذا كان في الذمة ولم تُسلَّم الأجرة أصبح ديناً بدين، وهو ممنوع[(٢)].

ونوقش : بأن الإجارة على الأعمال ليست سَلَماً ؛ لأن السَّلَم إنما يكون في الأعيان[(٣)].

القول الثاني : أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا بعد الفراغ من عمله، وتسليمه، وهذا قول عند الحنفية[(٤)]، وهو مذهب المالكية[(٥)]، والحنابلة[(٦)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق: ٦].

وجه الدلالة: "أن الأجرة إنما تستحق بالفراغ من العمل، ولا تستحق بالعقد؛ لأنه أوجبها بعد الرضاع"[(٧)]

---

(١) ينظر: تكملة فتح القدير (٧/ ١٦٠-١٦١).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج مع حواشيه (٦/ ١٢٦) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٦٤-٢٦٥).

(٣) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣١٧.

(٤) ينظر: البدائع (٤/ ٢٠٤) - العناية (٩/ ٧٤) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٧٦) - حاشية ابن عابدين (٦/ ١٤).

(٥) ينظر: التهذيب (٣/ ٣٨٣) - البيان والتحصيل (٨/ ٤١٠) - الذخيرة (٥/ ٣٨٥) - مواهب الجليل (٥/ ٣٩٤).

(٦) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٤) - قواعد ابن رجب ص٦٩ - الإنصاف (٦/ ٨٢)-كشاف القناع (٤/ ٣٣).

(٧) أحكام القرآن، الجصاص (٥/ ٣٦٠). وينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١) - الذخيرة (٥/ ٣٨٦).

الدليل الثاني : ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال : (ولكنَّ العامل إنما يوفى أجره إذا قضى عمله)[1].

وجه الدلالة : أن الأجرة تستحق بالعمل، وأن الأجير لا يوفى أجره إلَّا بعد الفراغ من عمله[2].

الدليل الثالث : أن الأصول موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض؛ ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض، فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر[3].

الترجيح : الراجح هو القول الثاني المتضمن أن الأجير المشترك إنما يستحق أجرته بعد الفراغ من عمله، وتسليمه ؛ لقوة دليله، ولأن التفريق بين عمله في ملك المستأجر وفي غير ملكه تفريق غير مؤثر.

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٧٩١٧)، والحارث في مسنده برقم (٣١٩)، والبزار في مسنده برقم (٨٥٧١)، والطحاوي في مشكل الآثار برقم (٣٠١٣) والبيهقي في شعب الإيمان برقم (٣٣٣٠)، وقال الهيثمي: فيه هشام بن زياد ضعيف، وضعف إسناده البوصيري، وابن حجر. ينظر: مسند أحمد (١٣/ ٢٩٥) - بغية الباحث (١/ ٤١٠) - البحر الزخار (١٥/ ١٨٩) - شرح مشكل الآثار (٨/ ١٢) - شعب الإيمان (٥/ ٢١٩) - مجمع الزوائد (٣/ ٣٤١) - إتحاف الخيرة (٣/ ٦٨) - المطالب العالية (٦/ ٤٠).

(٢) ينظر: مرقاة المفاتيح (٤/ ١٣٧١) - نيل الأوطار (٥/ ٣٥٣).

(٣) ينظر: الحاوي (٧/ ٣٩٦) - تكملة المجموع (١٥/ ١٨).

الفرع الثالث
استحقاق الطبيب الجعل في عقد الجعالة

من أبرز الآثار المترتبة على عقد الجعالة استحقاق الجُعْل، وجمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز اشتراط البرء في العقد الطبي قالوا: الطبيب يستحق الجعل متى برأ المريض[(١)]، أما إذا لم يشترط المريض البرء في العقد الطبي فبعض المالكية ذهب إلى أن الطبيب لا يستحق الجعل إلا بشفاء المريض؛ لأن أصل إجارة الطبيب الجعالة[(٢)]، ومقتضى مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة أن الطبيب لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل الطبي، سواءً شفي المريض أم لا؛ لأن الجعل عوض لا يستحق إلَّا بالعمل[(٣)].

---

(١) ينظر: المدونة (٣/ ٤٣٣) - المعونة (٢/ ١٢١) - الشرح الكبير (٤/ ٦١) - حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٧٩) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٩٧) - حاشية الشبراملسي على النهاية (٥/ ٤٦٥) - الإرشاد ص٢١٠ - شرح الزركشي (٤/ ٢٥٠) - المبدع (٤/ ٤٣٦) - كشاف القناع (٤/ ٢٧).

(٢) جاء في المدونة (٣/ ٤٣٣) " قال مالك في الأطباء: إذا استؤجروا على العلاج فإنما هو على البرء، فإن برأ فله حقه، وإلا فلا شيء له ". وينظر: التوسط بين مالك وابن القاسم (١/ ١١٧) - الذخيرة (٥/ ٤٢٣).

(٣) ينظر: المهذب (٢/ ٢٧٢) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢) - مغني المحتاج (٥/ ٤٦٦) - شرح الزركشي (٤/ ٣٤٠) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٣) - القواعد والأصول الجامعة، السعدي ص١٣٠.

المطلب الثاني

حكم تعجيل العوض وتأجيله في العقد الطبي

لما كان العوض في العقد الطبي إماً أن يكون ثمناً في بيع الأدوية، والحقوق، والتركيبات الطبية، أو أجرة، أو جعلاً في العمل الطبي، لذلك سأتكلم هنا عن حكم تعجيل الثمن، وتأجيله، ثم حكم تعجيل الأجرة، وتأجيلها، ثم عن حكم تعجيل الجعل وتأجيله، **وفيه ثلاثة فروع :**

الفرع الأول

حكم تعجيل الثمن، وتأجيله

حلول الثمن، وكونه معجلاً هو الأصل في البيع، ويجوز تأجيله، ويدل على ذلك ما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البَقَرَة: ٢٧٥].

وجه الدلالة : أن الله سبحانه أطلق حل البيع، ولم يفصل في شيء، فدل على أن الأصل الجواز، وأنه يدخل في ذلك الثمن، سواءً كان حالاً، أو مؤجلاً[(١)].

الدليل الثاني : قال تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢].

---

(١) ينظر: البناية (٨/ ١٦).

وجه الدلالة : "جواز المعاملات في الديون، سواءً كانت ديون سلم أو شراء مؤجلاً ثمنه، فكله جائز؛ لأن الله أخبر به عن المؤمنين، وما أخبر به عن المؤمنين، فإنه من مقتضيات الإيمان "(١).

الدليل الثالث : عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ :(اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل، وَرَهَنه دِرْعاً له من حديد)(٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أَجَّل الثمن، ولم يدفعه إلى اليهودي، فدل فعله على الجواز(٣).

الدليل الرابع : الإجماع، فقد أجمع العلماء على جواز تعجيل الثمن، وعلى جواز تأجيله إذا لم يكن القبض شرطاً في بقاء العقد على الصحة(٤).

وفي ذلك يقول ابن هبيرة رحمه الله : " واتفقوا على جواز البيع بالثمن الحال والمؤجل "(٥).

ومع هذا الإجماع إلا أن الفقهاء اشترطوا لجواز التأجيل شروطاً منها : أن يكون العوضان مما لا يجري فيهما ربا النسيئة، وألَّا يكون الثمن المؤجل معيناً، وأن تكون السلعة حالة(٦).

---

(١) تيسير الكريم الرحمن ص١١٨.

(٢) الحديث أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة برقم (٢٠٦٨)، ومسلم، كتاب البيوع، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر برقم (١٦٠٣). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ٥٦) - صحيح مسلم (٣/ ١٢٢٦).

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤) - إكمال المعلم (٥/ ٣٠٣).

(٤) ينظر: الإجماع ص١٣٤ – البناية (٨/ ١٦) - فتح القدير (٦/ ٢٦٢) - شرح ابن بطال (٦/ ٢٠٨) - الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٣٤٤) - فتح الباري (٤/ ٣٠٢) - الإفصاح (١/ ٢٧٦) - مراتب الإجماع ص١٥٢.

(٥) الإفصاح (١/ ٢٧٦).

(٦) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٣/ ٢٣٩-٢٤٠).

أماً إذا أطلق الثمن فإنه يكون معجلاً إلَّا أن يمنع من ذلك عرف، أو شرط.

فـ" المبيع المطلق ينعقد معجلاً، أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل... ولزم اتباع العادة والعرف في ذلك "[(١)].

وقال ابن عبدالبر : " الثمن أبداً حال إلا أن يذكر المتبايعان له أجلاً، فيكون إلى أجله "[(٢)].

الفرع الثاني
حكم تعجيل الأجرة وتأجيلها

أ - **حكم تعجيل الأجرة** : اختلف الفقهاء في حكم اشتراط تعجيل الأجرة على قولين :

القول الأول : أنه لا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة، وإلى هذا ذهب ابن حزم[(٣)].

واستدل : بقاعدته في العقود والشروط، وأن هذا الشرط ليس في كتاب الله، فيكون باطلاً[(٤)].

ونوقش : بأن ما دل كتاب الله على إباحته بعمومه فهو في كتاب الله[(٥)].

القول الثاني : أنه يجوز اشتراط تعجيل الأجرة، وهذا القول

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢٥١) ص١٢٧.
(٢) الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ٧٢٦).
(٣) ينظر : المحلى (٧/ ٤).
(٤) ينظر : المحلى (٧/ ٤).
(٥) ينظر : القواعد النورانية ص٢٨٧.

مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال: (المسلمون على شروطهم)[٥].

وجه الدلالة: أن الشروط الجائزة شرعاً يجب الوفاء بها، والوقوف عندها[٦]، ومنها شرط تعجيل الأجرة

الدليل الثاني : قياس الإجارة على البيع، فإن إجارة العين كبيعها، وبيع العين يصح بثمن معجل، فكذلك إجارتها، بجامع أن كلّاً منهما من عقود المعاوضات[٧].

الترجيح : الراجح هو القول الثاني المتضمن صحة اشتراط تعجيل الأجرة ؛ وذلك لقوة دليله، ولأنه قد يكون فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، والمصالح لها اعتبارها في العقود.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٩٦) - البدائع (٤/ ٢٠٣) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٦) -حاشية ابن عابدين (٦/ ١٠).

(٢) ينظر: الذخيرة (٥/ ٣٨٥) - القوانين الفقهية ص٢٩٧- مواهب الجليل(٥/ ٣٩٤) - الشرح الكبير (٤/ ٣).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٨/ ١٠٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٣٣) - الإقناع(٢/ ٣٤٩)

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٣٠) - الإنصاف (٦/ ٨١) - شرح المنتهى (٢/ ٢٧٤) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨٩)

(٥) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

(٦) ينظر: فيض القدير (٦/ ٢٧٢) - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥) - عون المعبود (٩/ ٣٧٣).

(٧) ينظر: المغني (٥/ ٣٣٠).

ب - **حكم تأجيل الأجرة** : اختلف الفقهاء في حكم تأجيل الأجرة على قولين :

القول الأول : أنه يصح تأجيل الأجرة إلَّا إذا كانت عيناً، أو في الذمة، وهذا قول فقهاء المالكية[١]، والشافعية[٢]، وقول عند فقهاء الحنابلة إذا كانت الإجارة في الذمة[٣].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول: أن الأعيان لا تقبل التأجيل لما فيه من الغرر ؛ إذ لا يدرى أتستمر هذه الأعيان على حالها، أو لا، وقد تتعرض للتلف، أو الزيادة، أو النقصان، فيمنع تأجيلها قطعاً للنزاع، وبعداً عن الغرر[٤].

ونوقش : بأن النظر لا يمنع من تأجيل المعين، فإنه يجوز على الصحيح بيع الدار، واستثناء سكناها مدة معلومة، كما في حديث جابر رضي الله عنه، وما جاز في البيع جاز في الإجارة[٥].

الدليل الثاني : القياس على السلم، فإن إجارة الذمة سلم في المنافع، فوجب فيها قبض الأجرة في مجلس العقد ؛ لئلا يؤدي التأجيل إلى بيع دين بدين المنهي عنه[٦].

---

(١) ينظر: المنتقى(٥/ ١١٥) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٨٧) - مواهب الجليل(٥/ ٣٩٥) - حاشية الدسوقي(٤/ ٣)

(٢) ينظر: الحاوي (٧/ ٤١٩) - المهذب (٢/ ٢٥٢) - فتح العزيز (٦/ ٨٨) - روضة الطالبين (٤/ ٢١٨).

(٣) ينظر: الفروع (٧/ ١٤١) - المبدع (٤/ ٤٥١) - الإنصاف (٦/ ٨١).

(٤) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٢١٨) - أسنى المطالب (٣/ ٢١٦) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٣).

(٥) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٩/ ٢٤٥).

(٦) ينظر: القوانين الفقهية ص٢٩٨ - التاج والإكليل (٧/ ٥٥١) - حاشية الدسوقي (٤/ ٣ -٤)=

ونوقش من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن القول بأنه هذا بيع دين بدين مردود بأن الدين ما يكون في الذمة، والمنافع ليست كذلك ؛ لأن العين أقيمت مقام المنفعة، وهذا طريق سائغ شائع، إقامة للسبب مقام المُسَبَّب[(١)].

الوجه الثاني : أن فقهاء المالكية وإن قاسوا عدم جواز تأجيل الأجرة على عدم جواز تأجيل رأس مال السلم إلّا أنهم لا يطبقون أحكام السَلَم على أحكام الأجرة، فكان قياساً مع الفارق[(٢)].

القول الثاني : أنه يصح تأجيل الأجرة مطلقاً، وهذا مذهب الحنفية[(٣)]، ومذهب الحنابلة[(٤)]، وهو قول عند الشافعية إذا كانت الإجارة في الذمة[(٥)].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال : (المسلمون على شروطهم)[(٦)].

وجه الدلالة : أن الشروط الجائزة شرعاً يجب الوفاء بها، والوقوف

= - الحاوي (٧/ ٤١٩) - المهذب(٢/ ٢٥٢) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٣) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٦٥) - المبدع (٤/ ٤٥١).

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٠٧) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٥).

(٢) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٩/ ٢٤٨).

(٣) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٩٦) - البدائع (٤/ ٢٠٣)- الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٦)- حاشية ابن عابدين (٦/ ١٠).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٣٠) - الإنصاف (٦/ ٨١) - شرح المنتهى (٢/ ٢٧٤) -مطالب أولي النهى (٣/ ٦٨٨- ٦٨٩)

(٥) ينظر: المهذب (٢/ ٢٥٢) - فتح العزيز (٦/ ٨٨) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٣).

(٦) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

عندها[١]، ومنها اشتراط تأجيل الأجرة

الدليل الثاني : قياس الإجارة على البيع، فإن إجارة العين كبيعها، وبيع العين يصح بثمن مؤجل، فكذلك إجارتها، بجامع أن كلّاً منهما من عقود المعاوضات[٢].

الترجيح : الراجح القول الثاني المتضمن جواز اشتراط تأجيل الأجرة مطلقاً، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي :

أولاً : قوة أدلته، وسلامتها.

ثانياً: أن تأجيل الأجرة هو الذي يقتضيه حال الناس اليوم؛ خوفاً من تهاون الأجراء في الالتزام بالعمل، وتقصيرهم فيما يسند إليهم[٣].

ثالثاً : أن هذا القول يؤدي إلى سهولة تعامل الناس فيما بينهم، ورفع الحرج والمشقة عنهم، ورفع الحرج مقصود في الشريعة.

ج - إطلاق الأجرة: الأجرة التي لم يشترط فيها تعجيل، ولا تأجيل، ولم يجر العرف فيها بشيء[٤] إذا أطلقت في إجارة الأعمال فإنها تحمل على نوع الأجير، فإن كان أجيراً خاصاً استحق أجرته بالعقد، وإن كان أجيراً مشتركاً استحقها بعد الفراغ من عمله[٥].

---

(١) ينظر: فيض القدير (٦/ ٢٧٢) - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥) - عون المعبود (٩/ ٣٧٣).

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٣٣٠).

(٣) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٩/٢٤٨-٢٤٩).

(٤) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٩٨.

(٥) اختلف الفقهاء في استحقاق الأجرة في إجارة الأعيان عند الإطلاق بم يكون ؟ فذهب الحنفية والمالكية وابن حزم إلى أن الأجرة المطلقة لا تملك بالعقد، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها تملك بالعقد في إجارة العين، وتستحق بتسليم العين. ينظر: البدائع (٤/ ٢٠١) - الهداية (٣/ ٢٣١) - تبيين الحقائق (٥/١٠٧) - الذخيرة (٥/٣٨٦) - مواهب الجليل (٥/ ٣٩٤) - =

الفرع الثالث: حكم تعجيل الجعل وتأجيله:

الذي ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية[(١)] والشافعية[(٢)] والحنابلة[(٣)] أن الجعل لا يستحق إلَّا بعد إتمام العمل، وأنه لا يصح اشتراط تعجيله؛ لأن الجعل لا يملك إلَّا بالعمل فلا يصح تعجيله[(٤)].

وإن أطلق الجعل فإنه يجب بتمام العمل؛ لأنه وقت استحقاقه.

وبناءً على ما سبق فإن الثمن، والأجرة في العقد الطبي يصح اشتراط تعجيلهما، وتأجيلهما، وإذا أطلقا حملا على التعجيل في الثمن، وأما في الأجرة فإنْ كان الطبيب أجيراً خاصاً ملك الأجرة بالعقد، وتسليم نفسه للعمل، وإن كان الطبيب أجيراً مشتركاً ملك الأجرة بالفراغ من عمله الطبي، وأما الجعل فإن الطبيب لا يملكه إلا بالانتهاء من عمله، ولو اشترط الطبيب تقديمه لم يصح ذلك، فإن قدم المريض الجعل دون شرط من الطبيب صح العقد.

= الشرح الكبير (٤/ ٤) - المهذب (٢/ ٢٥١) - نهاية المطلب (٨/ ٨١) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٤) - المغني (٥/ ٣٢٩) - الإنصاف (٦/ ٨٠) كشاف القناع (٤/ ٤٠) - المحلى (٧/ ١٤).

(١) ينظر: المدونة (٣/ ٤١٦)- مناهج التحصيل (٧/ ٢٧٢) - شرح الخرشي (٧/ ٥٩) - كفاية الطالب (٢/ ٢٥٢)

(٢) ينظر: النجم الوهاج (٦/ ٩٠) - حواشي التحفة (٦/ ٣٦٤) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٦).

(٣) ينظر: الكافي (٢/ ١٨٧) - المبدع (٥/ ١١٥) - الروض المربع ص٤٤٦ - مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٨).

(٤) ذهب المالكية إلى أنه إن عجل الجعل دون شرط فالعقد صحيح، وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنه يجوز اشتراط تعجيل الجعل في بعض الحالات، ويكون ديناً في ذمة العامل يلزم بإعادته عند عدم إنجاز العمل؛ نظراً للحاجة إلى ذلك خاصة في عمليات النقل والشراء، ولأن المنع من التعجيل قد يعوق بعض الأعمال الكبيرة التي تتطلب المزيد من التمويل. ينظر: كفاية الطالب (٢/ ٢٥٢) - منح الجليل (٨/ ٦٣) - الجعالة، الجميلي ص١٠٥ - الجعالة والاستصناع، شوقي دنيا ص١٣ - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٠/ ٨٩).

المطلب الثالث

حكم تجزئة العوض في العقد الطبي

تجزئة العوض في العقد الطبي تشمل أمرين، وسأتناول ذلك في الفرعين التاليين :

الفرع الأول

تقسيط العوض في العقد الطبي وتنجيمه

وتقسيط العوض معناه : تقسيم العوض إلى حصص، أو مقادير ؛ لتدفع نجوماً معلومة في آجال معلومة محددة[1]، وقيل : " تأجيل أداء الدين مفرقاً إلى أوقات متعددة معينة "[2].

وتنجيم العوض: بمعناه، وذلك بـ"أن يقرر عطاؤه في أوقات معلومة متتابعة "[3].

وتقسيط العوض وتنجيمه يأخذ أحكام تأجيل العوض، سواءً كان ثمناً، أو أجرة، أو جعلاً، ويشترط فيه ما يشترط في التأجيل، وقد سبق بيانها، وعليه فلو اتفق الطبيب مع المريض على أن يدفع المريض له ثمن الأدوية، أو أجرة العملية الجراحية، أو التحاليل والفحوصات

(١) ينظر : المغرب (٢/ ١٧٦) – المصباح المنير (٢/ ٥٠٣) - المعجم الوسيط (٢/ ٧٣٤) - معجم لغة الفقهاء ص١٢٠ - معجم المصطلحات الاقتصادية ص١٢٣.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، م(١٥٧) ص١٠٦.

(٣) النهاية (٥/ ٥٥). وينظر : المغرب (٢/ ٢٩١) - لسان العرب (١٢/ ٥٦٨) - القاموس الفقهي ص٣٤٨.

الطبية على دفعات شهرية، أو سنوية، أو أوقات أخرى محددة معينة فإن ذلك جائز.

الفرع الثاني
احتساب العوض بجزء من العمل والإنتاج

ويقصد بذلك: احتساب العوض بحصة من العمل والإنتاج، شائعة كانت الحصة، أو معينة(١).

واحتساب العوض بجزء من العمل والإنتاج له صورتان:

الصورة الأولى: احتساب العوض بجزء معين.

ومثال ذلك في العقد الطبي: أن يقول المريض للطبيب: خذ هذه الأدوية، أو المراهم ركبها، وداوني بها، وعوضك منها عشرة جرامات بعد تركيبها.

الصورة الثانية: احتساب العوض بجزء مشاع.

ومثال ذلك في العقد الطبي: أن يقول المريض للطبيب: خذ هذه الأدوية، أو المراهم ركبها، وداوني بها، وعوضك منها ربعها، أو ثمنها بعد تركيبها.

واحتساب العوض بجزء من العمل والإنتاج اختلف فيه الفقهاء، وخلافهم فيه على الأقوال التالية:

القول الأول: أنه لا يصح مطلقاً، سواءً كان الجزء معيناً أم

---

(١) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص١٩٠ - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٩/ ٢١٣).

مشاعاً، وهذا مذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: ما جاء في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن قفيز الطحان[٣])[٤].

وجه الدلالة: أن الحديث تضمن النهي عن استئجار شخص ليطحن الحنطة بقفيز من دقيقها[٥]، ومثله استئجار الطبيب بجزء معلوم من تركيباته الدوائية والطبية.

ونوقش: بأن الحديث ضعيف، قال في الشرح الكبير: " وهذا الحديث لا نعرفه، ولم تثبت صحته، ولا ذكره أصحاب السنن "[٦]، وقال ابن تيمية رحمه الله: " هذا الحديث باطل لا أصل له "[٧].

---

(١) ينظر: المبسوط (١٤/ ٨٥) - البدائع (٤/ ١٩٢) - الهداية (٣/ ٢٤٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٩).

(٢) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٤٢) - فتح العزيز (٦/ ٨٧) - روضة الطالبين (٥/ ١٥٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٥)

(٣) قفيز الطحان: أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيز من دقيقها. والقفيز: مكيال يتواضع الناس عليه، وهو ثمانية مكاكيك عند أهل العراق، ويساوي بالمقادير العصرية (٢٣,٩٦٢) كيلو جرام و(٣٠) لتراً، وتختلف المقادير الأخرى بحسب البلدان. ينظر: النهاية (٤/ ١٣٨) - فيض القدير (٦/ ٤٣٤) - الإيضاحات العصرية ص١٠٠-١٠٣ - معجم المكاييل والمقاييس ص٢٢١-٢٢٣.

(٤) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه برقم (٢٩٨٥)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١١٧١) وفي معرفة السنن برقم (١١٤٤٤)، وضعف إسناده ابن القطان، وابن تيمية، وابن القيم، وابن الملقن، والبوصيري، وابن حجر، وصححه الألباني. ينظر: سنن الدارقطني (٣/ ٤٦٨) - السنن الكبرى، البيهقي (٥/ ٣٣٩) - معرفة السنن والآثار (٨/ ١٤٧) - بيان الوهم والإيهام (٢/ ٢٧٢) - مجموع الفتاوى (٢٨/ ٨٨) - إعلام الموقعين (٢/ ٢٥٠) - البدر المنير (٧/ ٤٠) - إتحاف الخيرة (٣/ ٣٣٠) - الدراية (٢/ ١٩٠) - إرواء الغليل (٥/ ٢٩٦).

(٥) ينظر: شرح السنة (٨/ ٢٦٣) - عمدة القاري (١٨/ ٤٥٢) - فيض القدير (٦/ ٤٣٤).

(٦) الشرح الكبير على المقنع (٥/ ١٩٤). (٧) مجموع الفتاوى (٣٠/ ١١٣).

الدليل الثاني : أن جعل العوض ببعض ما يخرج من العمل يؤدي إلى العجز عن تسليمه ؛ لأن العوض في ذلك الوقت غير موجود عند باذله، وهو لا يعتبر قادراً بقدرة غيره، وشرط صحة العقد أن يكون المعقود عليه موجوداً حين العقد، ومقدوراً على تسليمه، والعوض هنا لا يتحقق فيه ذلك(١).

ويمكن أن يناقش : بأنه وإن كان غير موجود عنده حقيقة، إلَّا أنه في حكم الموجود.

الدليل الثالث : أن فيه غرراً، وجهالةً بمقدار العوض ؛ لأنه إذا هلك ما يجري فيه العمل ضاع على الأجير أجره، والجهالة تفسد العقد(٢).

ونوقش : بأن احتساب العوض بجزء من العمل والإنتاج لا غرر فيه ولا جهالة(٣).

الدليل الرابع: أن باذل العوض جعل للعامل بعض معموله أجراً لعمله، فصار عمله مستحقاً له وعليه(٤)

القول الثاني : أنه يصح مطلقاً احتساب العوض بجزء من العمل والإنتاج، سواءً كان الجزء معيناً، أم مشاعاً، وهذا قول عند الحنفية(٥)، وقال به المالكية وشرط بعضهم العلم به عند التعاقد وعدم الاختلاف في

---

(١) ينظر: شرح مشكل الآثار (٢/ ١٨٦) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٠) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٢٦).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤٦) - كشاف القناع (٣/ ٥٢٥) - الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٦٤).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ٢٥٠).

(٤) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٤٢) – المغني (٥/ ١١٩) - الشرح الكبير، ابن قدامة (٥/ ١٩٤).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٢) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٠) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٢٧).

مقدار الخارج وصفته[(١)]، والقول بالصحة مطلقاً قول بعض الحنابلة[(٢)]، وبه قال ابن حزم[(٣)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع)[(٤)].

وجه الدلالة: الحديث دليل على صحة العوض ببعض ما ينتج من العمل[(٥)].

الدليل الثاني: أن العين التي تُنَمَّى بالعمل يجوز العمل عليها ببعض نمائها، قياساً على المساقاة والمزارعة، بجامع أن الكل عين تُنَمَّى، وأن الأجرة تكون ببعض الإنتاج[(٦)].

ونوقش الدليلان السابقان: بأن القياس على المساقاة والمزارعة يصح متى كان الجزء مشاعاً؛ لأن هذا هو الذي فعله النبي ﷺ، وجرى العمل به، بخلاف ما إذا كان الجزء معيناً[(٧)].

الدليل الثالث: قياس احتساب العوض بجزء من العمل والإنتاج

---

(١) ينظر: المدونة (٣/ ١٩٨)- الذخيرة (٩/ ٦٤) - التاج والإكليل (٧/ ٥٠٥) - شرح الخرشي (٧/ ٩).

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٨-٩) - الإنصاف (٥/ ٤٥٣) - إعلام الموقعين (٢/ ٢٥٠).

(٣) ينظر: المحلى (٧/ ٢٥).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه برقم (٢٣٢٨)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب المساقاة بجزء من الثمر برقم(١٥٥١). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٠٤) - صحيح مسلم (٣/ ١١٨٦).

(٥) ينظر: شرح ابن بطال (٦/ ٤٦٥) - إكمال المعلم (٥/ ٢٠٩) - نيل الأوطار (٥/ ٣٢٧).

(٦) ينظر: المغني (٥/ ٨) - الشرح الكبير (٥/ ١٩٢) - شرح المنتهى (٢/ ٢٢٨).

(٧) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (٩/ ٢٢٠).

على المضاربة ؛ بجامع أن الغرر موجود في الحالتين، بل هو في المضاربة أشد ؛ لأنه قد لا يربح المال فيذهب عمله مجاناً، بخلاف الحال هنا، فإنه قد يحصل على جزء منه يكون شريكاً لمالكه(١).

ونوقش : بأن هذا قياس مع الفارق، فإن الإجماع قائم بين العلماء على أن المضارب لو ضارب بالمال، واشترط أن يكون نصيبه دراهم معلومة كان العقد باطلاً(٢).

الدليل الرابع: أن الإجارة محدودة في شيء قائم، لا غرر فيه ولا جهالة ولا أكلاً للمال بالباطل(٣).

ونوقش : بعدم التسليم، فإن تحديد العوض بجزء معين فيه جهالة ؛ لأن هذا الجزء المعين قد يخرج، وقد لا يخرج، ثم لا يُدْرى هل يخرج الجزء المعين من الجيد أم من الرديء(٤).

القول الثالث: أن احتساب العوض بجزء من العمل والإنتاج إن كان الجزء معيناً لم يصح، وإن كان مشاعاً صح، وهذا قول جماعة من أهل الحديث(٥)، وهو مذهب الحنابلة(٦).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : استدلوا بأدلة القول الأول في منع احتساب العوض بجزء

---

(١) ينظر: المحلى (٧/ ٢٥) - إعلام الموقعين (٢/ ٢٥٠).
(٢) ينظر: الإجماع، ابن المنذر ص١٤٠ - الاستذكار(٧/ ١٣) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٦٧).
(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ٢٥٠).
(٤) ينظر: المدونة (٣/ ٤٢٠) - شرح الخرشي (٧/ ٦) - مجموع الفتاوى (٣٠/ ١١٣) - كشاف القناع (٣/ ٥٢٥).
(٥) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٤٠٦) - صحيح البخاري (٣/ ١٠٤) - المحلى (٧/ ٢٥).
(٦) ينظر: المغني (٥/ ١١٩) - الإنصاف (٥/ ٤٥٣) -كشاف القناع (٣/ ٥٢٥) - مطالب أولي النهى (٣/ ٥٩٥).

معين من العمل والإنتاج، وقالوا : حديث (النهي عن قفيز الطحان) ليس فيه نهي عن اشتراط جزء مشاع من الدقيق ؛ بل عن شيء مسمى، وهو القفيز[(١)]، والجزء المعين فيه غرر وجهالة، وقد يعجز عن تسليمه[(٢)].

ثانياً : استدلوا بأدلة القول الثاني في جواز احتساب العوض بجزء مشاع من العمل والإنتاج، قياساً على المساقاة، والمضاربة، وأنها عين تنمى بالعمل فصح العقد عليها ببعض نمائها[(٣)].

الترجيح : الراجح القول الثالث المتضمن عدم جواز احتساب العوض بجزء من العمل إن كان الجزء معيناً، وجواز ذلك إن كان الجزء مشاعاً ؛ لأنه قول تجتمع به الأدلة، ولا يلحق فيه الضرر بأحد من المتعاقدين.

وعليه فيصح احتساب عوض الطبيب بجزءٍ من عمله إذا كان ذلك الجزء مشاعاً غير معين.

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/ ١١٣) - كشاف القناع (٣/ ٥٢٥).
(٢) ينظر: شرح المنتهى (٢/ ٢٤٦) - كشاف القناع (٣/ ٥٢٥).
(٣) ينظر: المغني (٥/ ١١٩) - الشرح الكبير (٥/ ١٩٤).

المطلب الرابع
مكان استيفاء العوض في العقد الطبي

الطبيب والمريض إما أن يتفقا على تعيين مكان لاستيفاء العوض، وإمَّا ألَّا يتفقا، فإن اتفقا على تعيين مكان للاستيفاء، فاتفاقهما صحيح، ويجب الوفاء به، ويكون داخلاً في اشتراط منفعة لأحد المتعاقدين، وقد تقدم صحة هذا الشرط، وأنه داخل في عموم قوله ﷺ : (المسلمون على شروطهم)(١).

أما إذا لم يتفق العاقدان على تعيين مكان لاستيفاء العوض فهذه المسألة بحثها فقهاء الحنفية، وجرى فيها الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

فذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه لا بد من تعيين مكان الإيفاء وبيانه إذا كان العوض مما له حمل ومؤنة **واستدل**: بأن عدم تعيينه وبيانه قد يوقع طرفا العقد في الجهالة المفضية إلى النزاع(٢).

ويمكن أن يناقش: بأن وقوع النزاع بين طرفي العقد بسبب عدم تعيين مكان الإيفاء قليل ونادر؛ والعبرة للغالب الشائع لا القليل النادر(٣).

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

(٢) ينظر: المبسوط (١٢/ ٢٢٣) - البدائع (٥/ ٢١٣) - الهداية (٣/ ٧٣) -حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٣١).

(٣) هذه قاعدة فقهية عبر عنها بعض الفقهاء والأصوليين بهذا التعبير، وعبرَّ عنها الشاطبي بقوله: النادر لا حكم له، ولا تنخرم به الكلية، وعبرَّ عنها آخرون بتعبيرات أخرى. ينظر: أشباه =

وذهب **محمد بن الحسن وأبو يوسف** إلى أنه لا يشترط تعيين مكان الإيفاء[١]، بل يتعين مكان العقد للإيفاء،واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)[٢].

وجه الدلالة : أن جفاف العرق يكون في موضع العمل فدفع العوض يكون فيه[٣].

الدليل الثاني : أن مكان العقد إذا تعين مكاناً للإيفاء انتفت الجهالة المفضية إلى النزاع[٤].

الدليل الثالث : أن أداء العوض التزام على البائع، أو المستأجر، أو الجاعل، فلا يكلف المشتري، أو الأجير، أو العامل بالانتقال لاستيفاء حقه[٥].

والقول الثاني هو الراجح ؛ لقوة دليله.

وبناءً على ما سبق فإن مكان استيفاء العوض بين الطبيب والمريض هو المكان المتفق عليه، والمعين من قبلهما، فإن لم يعينا مكاناً محدداً فيكون مكان العقد هو مكان الإيفاء.

= ابن نجيم ص١١٢ - شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص٢٣٥ - قواعد الفقه، البركتي ص٩١ - الفروق (٣/ ٢٨) - الموافقات (٣/ ٢١٢) - قواطع الأدلة (١/ ٤١٢).

(١) ينظر: المبسوط (١٢/ ٢٢٣-٢٢٥) - بدائع الصنائع (٤/ ١٩٣) (٥/ ٢١٣) - الهداية (٣/ ٧٣) (٣/ ٢٩٣) - الاختيار (٢/ ٣٥) - تبيين الحقائق (٤/ ١١٦-١١٧) (٥/ ١٢٨) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٣١) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤٣٢) (٦/ ٢٤١).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٢٣٥.

(٣) ينظر: التزامات العامل ورب العمل بين الفقه والقانون، خليل حامد ص١٠٧.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣).

(٥) ينظر: التزامات العامل ورب العمل، خليل حامد ص١٠٨.

المطلب الخامس

حكم حبس العين لاستحقاق العوض

حبس العين يشمل حبس المبيع لاستحقاق الثمن، وحبس العين لاستحقاق الأجرة، أو الجعل، وسأتناول ذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول

حكم حبس المبيع لاستيفاء الثمن

اشترط جملة من الفقهاء لجواز حبس المبيع ما يلي :

أولاً : ألَّا يكون الثمن مؤجلاً، فإن كان الثمن مؤجلاً فجمهور الفقهاء على أنه لا يحق للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ؛ لأن البائع قد أسقط حقه في حبس المبيع بموافقته على تأجيل الثمن، وبقي حق المشتري في قبض المبيع قائماً(١).

ثانياً : أن يكون أحد البدلين عيناً والآخر ديناً، فإن كانا عينين أو دينين لم يصح حبس المبيع، بل يلزما البائع والمشتري بتسليم البدلين(٢).

---

(١) لم أجد للمالكية نصاً في هذه المسألة، وهناك قول ضعيف عند الحنابلة بجواز حبس المبيع إلى حلول الأجل. ينظر: البدائع (٥/ ٢٤٩) - الجوهرة النيرة (١/ ١٩٠) - الفتاوى الهندية (٣/ ١٥) -روضة الطالبين (٣/ ٥٢٦) - أسنى المطالب (٢/ ٣٦) - مغني المحتاج (٢/ ٤٧٣) - المغني (٤/ ٨٦) - المبدع (٤/ ١١٣) - الإنصاف (٤/ ٤٦٠)

(٢) وللفقهاء تفصيل في كيفية التسليم، فذهب فقهاء الحنفية إلى أنهما يسلما معاً ؛ تحقيقاً للمساواة المطلوبة في عقود المعاوضة، وذهب الحنابلة والشافعية في الأصح عندهم والمالكية في أحد أقوالهم إلى أنه يجعل بينهما عدل يقبض منهما، ويسلم إليهما ؛ لأنهما لما لم يتراضيا مع وجوب التسليم على كل منهما أقيم العدل بينهما، وذهب بعض المالكية والشافعية =

فإذا لم يكن الثمن مؤجلاً ولا هو عيناً فقد اختلف الفقهاء في حكم حبس المبيع على قولين:

القول الأول: أنه ليس من حق البائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وهذا قول عند الشافعية(١)، وهو مذهب الحنابلة(٢).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن حق المشتري تعلق بالعين، وتعلق حق البائع بالذمة، وتقديم ما تعلق بالعين أولى؛ لتأكده، ولأن فيه صيانة للعقد عن الانفساخ بهلاك المبيع، بخلاف الثمن(٣).

ونوقش: بأن هلاك المبيع نادر، والنادر ملحق بالعدم، فيلزم اعتبار معنى المساواة(٤).

الدليل الثاني: بأن التسليم يكون واجباً على الاثنين معاً؛ لأن الثمن من الألفاظ المترادفة، ويتعين كل منهما بالتعيين، فكان كل ثمن

= والحنابلة إلى أن البائع يجبر أولاً على التسليم؛ لأن المبيع هو الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه فوجب تقديمه، ولأن الثمن لا يتعين بالتعيين، وذهب بعض المالكية والشافعية إلى أنهما يتركان حتى يصطلحا، فإذا تطوع أحدهما بالتسليم أجبر الآخر. ينظر: البدائع (٥/ ٢٣٨) - تبيين الحقائق (٤/ ١٤) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦١)- التاج والإكليل (٦/ ٤١٥-٤١٦) - الشرح الكبير (٣/ ١٤٧) - بلغة السالك (٣/ ١٢٣) - روضة الطالبين (٣/ ٥٢٤) - أسنى المطالب (٢/ ٣٦) - مغني المحتاج (٢/ ٤٧٣) - الإنصاف (٤/ ٤٥٧) - شرح منتهى الإرادات (٢/ ٥٧) - مطالب أولي النهى (٣/ ١٤٠).

(١) ينظر: الحاوي (٥/ ٣٠٧) - النجم الوهاج (٤/ ١٦٩) - مغني المحتاج (٢/ ٤٧٤)- نهاية المحتاج (٤/ ١٠٣).

(٢) ينظر: المغني (٤/ ٨٦)- الفروع (٦/ ٢٧٥) - الإنصاف (٤/ ٤٦٠) - شرح المنتهى (٢/ ٥٧).

(٣) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٤٧٢) - نهاية المحتاج (٤/ ١٠٣) - المغني (٤/ ١٤٩) - المبدع (٤/ ١١٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٩).

مبيعاً، وكل بيع ثمناً، وعليه فلا يبقى هناك مجال للحبس[١].

ونوقش: بأن الثمن في العرف اللغوي اسم لما في الذمة، وقد جرى العرف في اللغة والشرع على أن أحد البدلين يسمى مبيعاً والآخر ثمناً[٢].

القول الثاني: أن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وهذا قول الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، وقول عند الشافعية[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه، وفيه: (الدين مقضي)[٦].

وجه الدلالة: " وصف - عليه الصلاة والسلام - الدين بكونه مقضياً، عاماً أو مطلقاً، فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً، وهذا خلاف النص "[٧].

الدليل الثاني: أن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن؛ لأن المبيع متعين قبل

---

(١) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٤٧٢ -٤٧٣) - نهاية المحتاج (٤/ ١٠٣).

(٢) ينظر: أحكام حبس المبيع لاستيفاء الثمن، إسماعيل شندي ص٢٨٣.

(٣) ينظر: البدائع (٥/ ٢٤٩) - الجوهرة النيرة (١/ ١٩٠)- مجمع الأنهر (٢/ ١٠٩) - الفتاوى الهندية (٣/ ١٥).

(٤) ينظر: القوانين الفقهية ص٢٧١ - مواهب الجليل(٤/ ٣٠٥) - الشرح الكبير(٣/ ١٤٧) - بلغة السالك(٣/ ١٢٣)

(٥) ينظر: الحاوي (٥/ ٣٠٧) - روضة الطالبين (٣/ ٥٢٤) - النجم الوهاج (٤/ ١٦٩) - مغني المحتاج (٢/ ٤٧٤).

(٦) الحديث سبق تخريجه ص٥٠٧.

(٧) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٩).

التسليم، والثمن لا يتعين إلا بالتسليم، فلا بد من تسليمه تحقيقاً للمساواة[١].

الترجيح: الراجح القول الثاني المتضمن أن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن؛ لقوة دليله.

وبناءً عليه فللطبيب حق حبس الأدوية حتى يقبض الثمن، ولطبيب الأسنان الحق في حبس التركيبات الصناعية للأسنان حتى يستوفي ثمنها خاصة وأن هذا من قبيل عقد الاستصناع، ومن شرطه تعجيل الثمن، وكذلك يحق للطبيب أن يحبس حقه في الابتكار لاستيفاء الثمن.

الفرع الثاني

حكم حبس العين لاستيفاء الأجرة

حبس العين لاستيفاء الأجرة يختلف باختلاف العين المحبوسة، حيث لها الأحوال التالية:

الحال الأولى: أن تكون العين المحبوسة غير آدمي، فإن كانت العين غير آدمي فقد اختلف الفقهاء في حكم حبسها لاستيفاء الأجرة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يحق للأجير حبس العين لاستيفاء الأجرة، وبه قال زفر من الحنفية[٢]، وهو أحد الوجهين عند الشافعية وهو المعتمد عندهم[٣]، وهو مذهب الحنابلة إذا لم يفلس المستأجر[٤].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٩).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١١١)- البناية (١٠/ ٢٤١) - مجمع الأنهر (٢/ ٣٧٣) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٨).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٤٧٢) - المهذب (٢/ ٢٧١) - البيان، العمراني (٧/ ٤٠٥).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٥) - المبدع (٤/ ٤٤٨) - الإنصاف (٦/ ٧٧) - كشاف القناع (٤/ ٣٦).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : أن عمل المستأجر قد اتصل بملك المالك كالصبغ في الثوب، والخياطة فيه، فصار المعقود عليه مُسَلَّماً حكماً إلى صاحب العين لاتصاله بملكه، فسقط حق الحبس به(١).

ونوقش : بأن اتصال العمل بالمحل من قبيل الضرورة ؛ إذ لا وجود للعمل إلَّا به فكان مضطراً إليه، والرضا لا يثبت مع الاضطرار(٢).

الدليل الثاني : أن العين التي حبست لاستيفاء الأجر لو تلفت لأوجبت الضمان ؛ لأنه لا يملك حبسها دون اشتراط رهن، أو إذن في الإمساك، فلزمه الضمان(٣).

القول الثاني : أنه يفرق بين الأجير الذي لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط والنجار، والذي ليس له أثر ظاهر كحامل الأمتعة والبضائع، فإن كان لعمله أثر ظاهر في العين فله حق حبسها حتى يستوفي الأجرة، وإن لم يكن لعمله أثر ظاهر لم يحق له الحبس، وهذا مذهب الحنفية(٤)، ووافقهم على ذلك بعض الشافعية(٥)، والحنابلة(٦) في من ليس لعمله أثر ظاهر في العين.

واستدلوا على ذلك : بأن الأثر في العين هو المعقود عليه،

---

(١) ينظر : تبيين الحقائق (٥/ ١١١).

(٢) ينظر : تبيين الحقائق (٥/ ١١١) - مجمع الأنهر (٢/ ٣٧٣).

(٣) ينظر : الحاوي (٧/ ٤٧٢) - المهذب (٢/ ٢٧١) - المغني (٥/ ٣٩٥) - المبدع (٤/ ٤٤٨).

(٤) ينظر : المبسوط (١٥/ ١٩٣) - البدائع (٤/ ٢٠٤) - الهداية (٣/ ٢٣٢) - تبيين الحقائق (٥/ ١١١).

(٥) ينظر : الحاوي (٧/ ٤٧٢) - المهذب (٢/ ٢٧١) - البيان (٧/ ٤٠٥) - تكملة المجموع (١٥/ ١١٠).

(٦) ينظر : الفروع (٦/ ٣٨٣) - المبدع (٤/ ٤٤٨) - الإنصاف (٦/ ٧٧) - كشاف القناع (٤/ ٣٦).

والأجرة تكون في مقابله، فإذا كان العمل له أثر ظاهر في العين كان للأجير أن يحبس عمله حتى يستلم أجرته، أما إذا لم يكن للعمل أثر ظاهر في العين لم يكن للأجير حق الحبس ؛ لأن المعقود عليه نفس العمل، وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه[١].

ونوقش : بأن التفريق بين من لعمله أثر ظاهر في العين وبين من لا أثر له ظاهر تفريق غير مؤثر[٢].

القول الثالث : أن للأجير حبس العين حتى يستوفي الأجرة، سواءً كان لعمله أثر ظاهر في العين أم لا ، وهذا مذهب المالكية[٣]، وقول عند الشافعية[٤].

واستدلوا على ذلك من الوجهين التاليين :

الوجه الأول : أن الأجير قد باع منفعته، وهو أحق بعمله حال الموت أو الإفلاس.

الوجه الثاني : أن العامل قد تسلم العمل بيده، فصار كأنه سلعة مبيعة بيده، فكان له الحق في حبس ما تسلمه حتى يقبض الأجرة، قياساً على جواز حبس المبيع حتى يقبض الثمن[٥].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١١١) - العناية (٩/ ٧٧) - البحر الرائق (٧/ ٣٠٢- ٣٠٣).

(٢) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٢٣١.

(٣) ينظر: المدونة (٣/ ٥٠٢) – عقد الجواهر (٢/ ٨٥٤) - الذخيرة (٥/ ٣٨٦) - التاج والإكليل (٧/ ٥٦٠).

(٤) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٧٢) – المهذب (٢/ ٢٧١) – البيان (٧/ ٤٠٥) – تكملة المجموع (١٥/ ١١٠).

(٥) ينظر: المدونة (٣/ ٥٠٢)- عقد الجواهر (٢/ ٨٥٤) – الذخيرة (٥/ ٣٨٦) – التاج والإكليل (٧/ ٥٦٠).

الترجيح : الراجح القول الثالث المتضمن أن للأجير الحق في حبس العين حتى يقبض الأجرة، سواءً كان لعمله أثر ظاهر في العين، أم لا ؛ لقوة دليله، ولأن فيه ضماناً لحقه، ولأنه عقد معاوضة.

وعليه فللطبيب الحق في حبس التحاليل الطبية، والأشعة، والامتناع عن إجراء العمليات الجراحية، ونحوها حتى يستوفي أجرته بشرط ألّا يترتب على ذلك ضرر على المريض.

الحال الثانية : أن تكون العين المحبوسة آدمياً، ولذلك حالتان :

الحالة الأولى : أن يكون الآدمي حياً، كأن يحبس الطبيب أو المستشفى المريض، ويُمنع من الخروج حتى يدفع أجرة علاجه، ولذلك صورتان :

الصورة الأولى : أن يكون المريض هو من ذهب بنفسه للعلاج، ووافق بنفسه على التكاليف العلاجية، ثم عجز عن سدادها.

الصورة الثانية : أن يكون المريض نُقِل إلى المستشفى في حالة طارئة، ولم يوافق على تكاليف العلاج.

وفي كلا الصورتين يظهر لي أنه لا يجوز أن يُحْبس المريض لاستيفاء الأجرة، وذلك لما يلي :

أولاً : أن ذلك داخل في رهن الحر، والفقهاء متفقون بينهم على أن الحر لا يصح رهنه(١).

---

(١) ينظر: البدائع (٦/ ١٣٥) - الهداية (٤/ ٤٢٠) - تبيين الحقائق (٦/ ٦٢)- البيان والتحصيل (١١/ ٣٣) - الذخيرة (٨/ ٩٢) - مواهب الجليل (٥/ ٢)- روضة الطالبين (٤/ ٤٠) - أسنى المطالب (٢/ ١٤٥) - تحفة المحتاج (٥/ ٥٤) - المبدع (٤/ ٢٠٦) - الإنصاف (٥/ ١٣٩، ١٤٤) - كشاف القناع (٣/ ٣٢١).

ثانياً : أنه يمكن للمستشفى أن يضمن حقه بوسائل أخرى، ويطالب بأجرته عن طريق الجهات المعنية

الحالة الثانية : أن يكون الآدمي ميتاً، كأن يَحبس الطبيب أو المستشفى جثة الآدمي لاستيفاء الأجرة، وهذه الحالة أيضاً لا يجوز فيها حبس الجثة، وذلك لما يلي :

أولاً : أن ذلك داخل في رهن الحر، والفقهاء متفقون بينهم على أن الحر لا يصح رهنه(١).

ثانياً : أن الشريعة قد جاءت بالحث على المسارعة بتجهيز الميت، ودفنه، ومما يدل على ذلك ما يلي :

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (أسرعوا بالجنازة، فإن تك صالحة فخير تقدمونها، وإن يك سوى ذلك، فشر تضعونه عن رقابكم)(٢).

ج - أن النبي ﷺ قال : (لا ينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهراني أهله)(٣).

---

(١) ينظر: المصادر السابقة بأرقام الأجزاء والصفحات.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الجنائز، باب السرعة بالجنازة برقم (١٣١٥)، ومسلم في كتاب الجنائز، باب الإسراع بالجنازة برقم (٩٤٤). ينظر: صحيح البخاري (٢/ ٨٦) - صحيح مسلم (٢/ ٦٥١).

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الجنائز، باب التعجيل بالجنازة برقم (٧٣٢٨)، والبيهقي في الكبرى برقم (٦٨٥٩)، وابن الأثير في جامعه برقم (٨٦٤٣)، وحكم ابن القطان بإرساله، وضعفه الألباني. ينظر: سنن أبي داود (٥/ ٧١) - السنن الكبرى (٣/ ٣٨٦) - جامع الأصول (١١/ ١٤١) - بيان الوهم والإيهام (٢/ ٥٥٦) - السلسلة الضعيفة (٧/ ٢٢٣) - أحكام الجنائز ص١٣-١٤.

فهذه الأحاديث قد تضمنت الأمر بتعجيل دفن الميت دون تأخر، أو حبس له(١).

ثالثاً: أن هذه التكاليف العلاجية إما أن تكون تعلقت بذمة المريض الذي مات، أو بذمة غيره ممن تعهد بالسداد، فإن كان الثاني فلا معنى لحبس الجثة ؛ لأن هذه التكاليف لم يلتزمها الميت، فلا يطالب بها، وإنما يطالب بها من التزمها، وإن كان المريض قد التزم بالسداد ثم مات فإنه : إما أن يكون مفلساً لا مال له، فإن كان كذلك سقطت ديونه، ولم يحق للغريم مطالبة الورثة، وإما أن يكون قد ترك مالاً فيكون حق المستشفى قد تعلق بذلك المال، وفي كلا الأمرين لا يتعلق بذمة الميت شيء من حقوق المستشفى، ولا يجوز حجز جثته لأجل سداد فاتورة العلاج(٢).

رابعاً: أن حبس الجثة مخالف لتوجيه ولي الأمر المتضمن منع ذلك بموجب التعميم الصادر من مديرية الشؤون الصحية بمحافظة جدة ذي الرقم (١٥٤٤/ ٢٥/ ٤٧ج) وتاريخ ١٨/ ٦/ ١٤٢٣هـ المبني على تعميم وكيل الوزارة للشؤون التنفيذية ذي الرقم (٣٤٥/ ٣٠٦٨/ ٢٠) وتاريخ ٢٥/ ٥/ ١٤٢٣هـ المنصوص فيه التنويه على المستشفيات والمستوصفات الخاصة بمنع احتجاز جثث المرضى المتوفين لديهم مقابل مستحقات مالية(٣).

---

(١) ينظر: شرح ابن بطال (٣/ ٢٩٩) - فتح الباري (٣/ ١٨٤) - نيل الأوطار (٤/ ٨٧).

(٢) ينظر: النوازل الفقهية في الطهارة والصلاة، باسم القرافي ص٦٦٩ - ٦٧١ - النوازل في الجنائز، عبدالرحمن المرشد ص٩١ - ٩٢ -الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، العبادات ص٢٠١ - ٢٠٢.

(٣) ينظر: المستجدات في كتاب الجنائز،عايد الجدعاني ص١٣٢.

الفرع الثالث

حبس العين لاستحقاق الجُعْل

حبس العين لاستيفاء الجعل اختلف فيه الفقهاء على قولين :

القول الأول : أن العامل ليس له الحق في حبس المعقود عليه من أجل الجعل، وبهذا قال فقهاء الشافعية[(١)]، والحنابلة[(٢)].

واستدلوا : بأن استحقاق الجعل يكون بالتسليم، ولا حبس قبل الاستحقاق[(٣)].

ويمكن أن يناقش : بأن المقصد من الحبس هو استحقاق العوض، وإذا ثبت لأجل ذلك في المبيع في عقد البيع، والعين في عقد الإجارة، فالجعل مثله.

القول الثاني : أن العامل له الحق في حبس المعقود عليه من أجل الجعل، وبهذا قال فقهاء الحنفية في الآبق فجوزوا حبس الآبق لاستحقاق الجعل[(٤)].

واستدلوا : بالقياس على جواز حبس المبيع[(٥)].

الترجيح : الراجح : جواز حبس المعقود عليه من أجل استحقاق الجعل ؛ لتحقيقه مقصد الحبس.

وبناءً عليه : فإن للطبيب الحق في حبس التحاليل، والأشعة، ونحوها لاستحقاق الجعل الذي جعله له المريض.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين(٥/ ٢٧٤) - أسنى المطالب(٢/ ٤٤٣) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٦).

(٢) ينظر: شرح المنتهى (٢/ ٣٧٣) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٤) - مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٨).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ٢٧٤) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٦).

(٤) ينظر: المبسوط (١١/ ٤٩) – البدائع (٦/ ٢٠٣) – الهداية (٢/ ٤٢٢) – البحر الرائق (٥/ ١٧٤).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٣) – الهداية (٢/ ٤٢٢) – البحر الرائق (٥/ ١٧٤).

المطلب السادس

حكم استحقاق العوض في العقد الطبي حال الإفلاس

الإفلاس في الاصطلاح :

عرف بعدد من التعريفات منها ما يلي :

التعريف الأول : " أن يستغرق الدين مال المدين، فلا يكون في ماله وفاء بديونه.... أو أن لا يكون له مال معلوم أصلاً "[(١)].

التعريف الثاني : " اسم لمن عليه ديون، لا يفي ماله بها "[(٢)].

التعريف الثالث : " من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله "[(٣)].

مما سبق يتبين أن الإفلاس : عجز الإنسان عن وفاء ما عليه من حقوق وديون مالية حالة ولازمة[(٤)]

أما الإعسار فهو : الضيق، والافتقار، وانعدام المال، وعدم القدرة على النفقة وأداء الديون[(٥)].

---

(١) بداية المجتهد (٤/ ١٤٥١). وينظر: النوادر والزيادات (١٢/ ٢٨٦) - حاشية الدسوقي (٢/ ٢٩٩)(٤/ ٣٧٠).

(٢) البيان (٦/ ١٣١). وينظر: جواهر العقود (١/ ١٣٠) - الغرر البهية (٣/ ١٠٢) - مغني المحتاج (٣/ ٩٧).

(٣) المغني (٤/ ٣٠٦). وينظر: تكملة المجموع (١٣/ ٢٧١) - المطلع ص٣٠٤ - القاموس الفقهي ص٢٩٠.

(٤) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص٧٢- معجم لغة الفقهاء ص٦٢ - نظرية الفسخ ص٢٥٠.

(٥) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص١٩٥ - المطلع ص٣٠٥ - معجم المصطلحات الاقتصادية ص٦٩

وقيل : عدم القدرة في الحال على أداء ما ترتب في الذمة من حقوق مالية[(١)].

والفرق بين الإفلاس والإعسار من جهتين :

الجهة الأولى : من جهة اللغة والمعنى، فالإعسار أعم من الإفلاس ؛ لأن المعسر من عُدِم المال، وعسرت عليه أموره، وضاقت ذات يده، أما المفلس فهو من كان له مال، لكن ماله أقل من دينه.

الجهة الثانية : من جهة الأثر المترتب : فالمعسر لا يحجر عليه عند جمهور الفقهاء[(٢)]، ويجب إنظاره إلى حالة اليسار لقوله تعالى : ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٠].

حكم استحقاق العوض حال الإفلاس :

المشتري إذا حُجِر عليه لفلس قبل أداء الثمن الحال، والمبيع بيد البائع فإن للبائع أن يحبسه عن المشتري، ويكون أحق به من سائر الغرماء، أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع، ولم يدفع الثمن، ثم حجر عليه لفلس، ووجد البائع عين ماله الذي باعه للمفلس، فإنه يكون أحق بالمبيع من سائر الغرماء، ولا يسقط حقه بقبض المشتري للمبيع، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)[(٣)]، فإن شاء

---

(١) معجم لغة الفقهاء ص٥٧.

(٢) ينظر: البدائع (٧/ ١٧٣) - الهداية (٣/ ١٠٤) - تبيين الحقائق (٤/ ١٨١) - المدونة (٤/ ٥٩) - البيان والتحصيل (١٠/ ٤١٩)- الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٢٨٠) - الأم (٣/ ٢١٧) - المهذب (٢/ ١١٢) - مغني المحتاج (٣/ ١١١) - المغني (٤/ ٣٣٨)- المبدع (٤/ ٢٨٤) - كشاف القناع (٣/ ٤١٨) - المحلى (٨/ ٢٣).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، واللفظ له، كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند =

البائع استرده من المشتري وفسخ البيع، وإن شاء تركه وحاص باقي الغرماء بثمنه، وبهذا قال جمهور الفقهاء[(١)].

قال ابن المنذر رحمه الله بعد أن ساق حديث أبي هريرة رضي الله عنه: " وقد روينا عن عثمان بن عفان، وعلي رضي الله عنهما وغيرها هذا القول، ولا نعلم أحداً من أصحاب رسول الله ﷺ خالف عثمان بن عفان، وعلياً "[(٢)].

وعليه فإن المريض إذا حُجِر عليه لفلسه وكان المبيع كالأدوية والتركيبات الطبية بيد الطبيب فللطبيب الحق في حبسه، فإن كان المريض قد قبض ذلك ولم يدفع الثمن ثم حُجِر عليه لفلسه ووجد الطبيب عين ماله فهو أحق به.

= مفلس برقم (٢٤٠٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس برقم (١٥٥٩). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١١٨) - صحيح مسلم (٣/ ١١٩٣).

(١) ينظر: الهداية (٣/ ٢٨٤) - تبيين الحقائق (٥/ ٢٠١) - الفتاوى الهندية (٥/ ٦٤) - المقدمات الممهدات (٢/ ٣٣٥) - الذخيرة (٨/ ١٧٢) - التاج والإكليل (٦/ ٦١٨) - روضة الطالبين (٤/ ١٣٦-١٣٧) - تحفة المحتاج (٥/ ١٢٣) - مغني المحتاج (٣/ ١٠٤) - الإنصاف (٥/ ٢٨٢-٢٨٦) - كشاف القناع (٣/ ٤٢٥) - مطالب أولي النهى (٣/ ٣٧٧) - المحلى (٦/ ٤٨٤).

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء، ابن المنذر (٦/ ٢٤٤)

المطلب السابع
حكم استحقاق العوض في العقد الطبي الفاسد

العوض في العقد الطبي الفاسد إمَّا أن يكون ثمناً في بيع الأدوية، أو أجرة في العمل الطبي، أو جعلاً على عمل طبي، ولذا سأتناول ذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول : استحقاق الثمن في العقد الطبي الفاسد :

إذا فسد العقد الطبي وكان في صورة البيع فإنه ينحل مباشرة، ويجب التراد بين المتعاقدين بشرط بقاء المبيع على حاله، وعدم فواته، وألَّا يكون قد تعلق بالمبيع حق للغير كبيع ورهن ونحوها[١]، ففي العقد الطبي يرد المريض الأدوية التي جرى عليها التعاقد، ويرد الطبيب الثمن، أو القيمة عند تعذر الثمن.

الفرع الثاني : استحقاق الأجرة في العقد الطبي الفاسد :

الأجرة في العقد الطبي الفاسد لا تخلو من الحالات التالية :

الحالة الأولى : أن تكون الأجرة مجهولة أو لا تسمى في عقد الإجارة الفاسدة، ففي هذه الحالة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وهذا بإجماع الفقهاء[٢].

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٤٥) - البناية (٨/ ٢٠٢) - البحر الرائق (٦/ ١٠٣) - البيان والتحصيل (٧/ ٢٦٧) - مواهب الجليل (٤/ ٣٨٣) - شرح ميارة (١/ ٢٧٣) - الحاوي (٨/ ٢٦) - الوسيط (٣/ ٣٩٩) - تكملة المجموع (١٥/ ٢٨٣) - الفروع (٧/ ٢٤٢) - المبدع (٤/ ٣٧٠) - الإنصاف (٦/ ١٩٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٨) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٧٢).

الحالة الثانية : أن تكون الأجرة معلومة في الإجارة الفاسدة، وفي كيفية تقديرها ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن الواجب على المستوفي أجرَ المثل ما لم يزد على المسمى، فإن زاد على المسمى وجب الأجر المسمى،أي : أن الواجب أقل الأمرين من أجر المثل أو المسمى، وهذا مذهب الحنفية(١).

واستدلوا : بأن المنافع غير متقومة بنفسها وإنما تتقوم بالعقد، فإذا كان أجر المثل في حدود الأجر المُسَمَّى أُخِذ به ؛ لأن التقويم للمنافع حينئذٍ سيكون عن طريق العقد، وأما إن زاد فيؤخذ بالأجر المسمى ؛ لأن الأجرة لو وجبت زيادة على المسمى لأفضى ذلك إلى تقويم المنافع بلا عقد، وهذا لا يصح(٢).

ونوقش من الوجهين التاليين :

الوجه الأول : أن هذا القول مبني على أصل الحنفية في المنافع، والصحيح أن المنافع مال متقوم.

الوجه الثاني : أن المنفعة قد استوفيت بعقد فاسد مقصود بالمعاوضة، فوجب فيه أجرة المثل، كما لو كان أقل من المسمى(٣)، واعتبار المسمى تارة، وعدم اعتباره تارة أخرى غير صحيح.

القول الثاني : أن الواجب على المستوفي الأجر المسمى في العقد، وهذه رواية عند الحنابلة(٤).

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢١٨) - الاختيار (٢/٥٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢١) - العناية (٩/ ٩١-٩٢).

(٢) ينظر: الاختيار (٢/٥٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٢) - العناية (٩/ ٩٢).

(٣) ينظر: الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٥٨).

(٤) ينظر: الفروع (٤/ ٤٢٦) - قواعد ابن رجب ص٦٨ - المبدع (٤/ ٤٥٤) - الإنصاف (٦/ ٨٨).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : قياس الأجرة المعلومة في الإجارة الفاسدة على العوض المسمى في النكاح الفاسد، فالنكاح الفاسد يجب فيه العوض المسمى فكذلك في الإجارة ؛ لأن القصد في الإجارة العوض بخلاف النكاح[(١)].

ونوقش : بأن وجوب العوض المُسَمَّى في النكاح الفاسد غير مُسَلَّم، بل الواجب فيه مهر المثل، حيث جعل النبي ﷺ للمرأة المهر مقابل إصابتها، ولأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء، وإذا لم يكن العقد موجباً كان وجوده كعدمه[(٢)].

ثانياً : قياس الأجر المسمى في الإجارة الفاسدة على الضمان في الإجارة الفاسدة، فإن الضمان في الإجارة الفاسدة كالضمان في الإجارة الصحيحة[(٣)].

ونوقش : أن الضمان إنما وجب في العقد بسبب متجدد، بخلاف الأجر المُسَمَّى فإنه جعل عوضاً عن الملك لا عن الإتلاف، والعقد لم يتضمن إذناً بالإتلاف، وإنما تضمَّن نقل ملك بعوض، ولم يوجد نقل الملك، فلا يثبت العوض[(٤)].

القول الثالث : أن الواجب على المستوفي أجرة المثل مطلقاً، سواءً كانت أكثر من المسمى أم لا ، وهذا قول زفر من الحنفية[(٥)]، وهو مذهب

---

(١) ينظر: قواعد ابن رجب ص٦٨ - المبدع (٤/ ٤٥٤).
(٢) ينظر: المغني (٧/ ١٢) - المبدع (٦/ ٢٢٧).
(٣) ينظر: قواعد ابن رجب ص٦٨.
(٤) ينظر: المصدر السابق نفس رقم الصفحة.
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٨) - العناية (٩/ ٩١) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٧٢).

المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وبه قال ابن حزم[٤].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها، لا وَكْس[٥]، ولا شَطَط[٦]، وعليها العدة، ولها الميراث.......)[٧].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد، ومثله الإجارة الفاسدة[٨].

---

(١) ينظر: الإشراف (٢/ ٦٥٨) - القوانين الفقهية ص٣٠١- مواهب الجليل (٥/ ٤٢٨) - الشرح الكبير (٤/ ٥٤٨).

(٢) ينظر: الأم (٤/ ١٩) - الحاوي (٧/ ٣١٥) - روضة الطالبين (٥/ ٢٤٧) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٩).

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٣٣١) - قواعد ابن رجب ص٦٨ - الإنصاف (٦/ ٨٨) - كشاف القناع (٤/ ٤٦).

(٤) ينظر: المحلى (٧/ ١٥).

(٥) الوَكْس: النقص، واتضاع الثمن في البيع. ينظر: مشارق الأنوار (٢/ ٢٨٦)- النهاية (٥/ ٤٩٢)

(٦) الشَّطَط: الجور، ومجاوزة الحد والقدر. ينظر: مشارق الأنوار (٢/ ٢٥١) -النهاية (٥/ ٤٩٢)

(٧) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٤٢٧٦)، وأبو داود في سننه،كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات برقم (٢١١٦)، والترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها برقم (١١٤٥)، والنسائي في كتاب النكاح، باب إباحة التزوج بغير صداق برقم (٣٣٥٤)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٤٧٩٨)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي وقال: على شرط مسلم، وصححه ابن الملقن، والألباني. ينظر: مسند أحمد (٧/ ٣٠٨) - سنن أبي داود (٣/ ٤٥٣) - سنن الترمذي (٢/ ٤٤١) - سنن النسائي (٦/ ١٢١) - السنن الكبرى، البيهقي (٧/ ٢٤٥) - المستدرك (٢/ ١٩٦) - نصب الراية (٣/ ٢٠١) - البدر المنير (٧/ ٦٨٠) - إرواء الغليل (٦/ ٣٥٨).

(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٥٧) – المغني (٧/ ١٢) - المبدع (٦/ ٢٢٧).

ونوقش : بأن النبي ﷺ إنما أوجب مهر المثل في هذا النكاح لعدم وجود مُسَمَّى يرجعان إليه، فليس فيه دليل على وجوبه على كل حال[١].

الدليل الثاني : أن ما ضُمِن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في العقد الفاسد، وقد ثبت أن من ابتاع بيعاً فاسداً فأتلفه فإن عليه جميع قيمة المثل فكذلك الإجارة[٢].

الدليل الثالث : أنَّ المُوجِب الأصلي في عقود المعاوضات هو ثمن المثل ؛ لأن مبناه على المعادلة، وإنما عُدِل إلى المسمى في عقود الإجارة لجهالة أجر المثل، فإذا فسدت التسمية لفساد العقد وجب المصير إلى الموجب الأصلي، وهو أجر المثل ؛ لأنه قيمة المنافع المستوفاة[٣].

الترجيح: الراجح القول الثالث المتضمن أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل، ويؤيد ذلك ما يلي :

أولاً : قوة أدلة هذا القول، وكونه أقرب إلى تحقيق العدل، والمساواة.

ثانياً : أن الأجر المسمى وجب بالعقد، والعقد لا يمكن اعتباره مع فساده، فوجب المصير إلى أجر المثل

الفرع الثالث : استحقاق الجعل في العقد الطبي الفاسد

إذا فسد العقد الطبي وكان في صورة الجعالة ففي كيفية تقدير الجُعل قولان :

---

(١) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٩٤.

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٣٣١) - الشرح الكبير (٦/ ١٤٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٨) - البحر الرائق (٧/ ٣١٢).

القول الأول : أن للعامل في عقد الجعالة إذا فسد جُعْل مثله، وهذا قول عند المالكية[(١)]، وهو مذهب الشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها، لا وكس، ولا شطط.......)[(٤)].

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد، ومثله الجعالة الفاسدة[(٥)].

الدليل الثاني : " أن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده "[(٦)].

القول الثاني : أن للعامل في عقد الجعالة جُعل مثله إذا أتم العمل، أما إذا لم يتم العمل فلا شيء له إلَّا أن يجعل له العوض مطلقاً، سواءً أتم العمل أم لم يتمه، فللعامل جعل مثله حتى ولو لم يتم العمل، وهذا هو المشهور في مذهب المالكية[(٧)].

واستدلوا : بالأدلة السابقة في وجوب جعل المثل، وأن الأصول

---

(١) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤٢٧) - عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٦) - منح الجليل (٨/ ٧٠).

(٢) ينظر: المهذب (٢/ ٢٧٢)- روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢١) - تكملة المجموع (١٥/ ١١٣).

(٣) ينظر: المغني (٦/ ٩٦) – المبدع (٥/ ١١٥) - الإنصاف (٦/ ٣٩١) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٥)

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٥٥٢.

(٥) ينظر: المهذب (٢/ ٢٧٢)- المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١١٥).

(٦) المهذب (٢/ ٢٧٢).

(٧) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤٢٧)- عقد الجواهر (٣/ ٩٤٦) - شرح الخرشي (٧/ ٦٥) – منح الجليل (٨/ ٧٠).

موضوعة على أن كل عقد فاسد مردود إلى صحيحه كالنكاح، والبيع، والإجارة، فكذلك الجعالة، وإنما قيد ذلك بإتمام العمل لأن عقد الجعالة موضوع على عدم استحقاق الجعل إلا بإتمام العمل(١).

الترجيح : الراجح القول الثاني ؛ لقوة دليله، ولاتفاقه مع ضابط الجعالة في استحقاق العوض.

وعليه فمتى فسد العقد الطبي وكان في صورة البيع انحل مباشرة، ووجب التراد بين الطبيب والمريض إذا كان المبيع باقياً على حاله، ولم يَفُتْ، وإن فسد العقد الطبي وكان في صورة الإجارة وجب أجر المثل، سواءً كان فساده بسبب الجهالة بالأجرة أو عدم تسميتها، أو بسبب آخر، ويكون للطبيب جُعْل مثله عند فساد العقد إذا أتم عمله.

(١) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤٢٧) - شرح الخرشي (٧/ ٦٥) - منح الجليل (٨/ ٧٠).

المطلب الثامن
حكم تحديد العوض في العقد الطبي

وسينتظم الكلام في ذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول : المقصود بتحديد العوض في العقد الطبي : أن يصدر أمر ببذل أعمال التطبيب من قبل الأطباء الممتنعين عن التطبيب، أو المغالين في أجورهم على غير الوجه المعتاد بأجر معين، عادل، بمشورة أهل الخبرة، يتناسب مع كفاءة الطبيب، وخبرته، وشهادته[(١)].

هذه المسألة مبنية على مسألة التسعير على الناس، ولذا فسوف أتناول الكلام عنها فيما يلي:

الفرع الثاني : تعريف التسعير :

التسعير في اللغة هو : مصدر سعَّر، والسعر: ما يقوم عليه الثمن، والتسعير: تقدير السعر وتحديده[(٢)]

وفي الاصطلاح : "تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدراً للمبيع بدرهم معلوم"[(٣)].

وقيل : " تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً، يجبرهم على التبايع به "[(٤)].

---

(١) ينظر: أضواء على أجرة الطبيب، ص٢٥.

(٢) ينظر: لسان العرب (٤/ ٣٦٥) -القاموس المحيط ص٣١٨ - تاج العروس (١٢/ ٢٨) - المعجم الوسيط (١/ ٤٣٠)

(٣) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٦). وينظر: التيسير في أحكام التسعير، المجيلدي ص٤٧.

(٤) مطالب أولي النهى (٣/ ٦٢). وينظر: كشاف القناع (٣/ ١٨٧) - شرح المنتهى، البهوتي (٢/ ٢٦).

والتعريف الثاني هو الأقرب ؛ لشموله، واختصاره، وسلامته من عيوب التعاريف .

الفرع الثالث : حكم التسعير :

تحرير محل النزاع :

أولاً : اتفق الفقهاء على عدم جواز التسعير في الأحوال العادية التي لا غلاء فيها، أو كان الغلاء ناتجاً بسبب من غير التجار[(١)].

ثانياً : لا يجوز عند أحد من العلماء أن يقال لأصحاب السلع : لا تبيعوا إلَّا بكذا، سواءً ربحتم أم خسرتم، من غير أن ينظر إلى ما يشترون به[(٢)].

ثالثاً : الجالب الذي يأتي بجلبه إلى السوق لا يُسعَّر عليه بالاتفاق[(٣)].

رابعاً : اختلف الفقهاء في حكم التسعير عند الحاجة إليه، وخلافهم في ذلك على قولين في الجملة :

---

(١) نقل الاتفاق على ذلك الماوردي في الحاوي (٥/ ٤٠٨)، وابن هبيرة في الإفصاح (١/ ٣٠٦)، وهو مذهب جمهور الفقهاء لا يختلفون في ذلك. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٢٩) - الهداية (٤/ ٣٧٧) - تبيين الحقائق (٦/ ٢٨) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٩٩) - الاستذكار (٨/ ٣٧٣) - المنتقى (٥/ ١٨) - البيان والتحصيل (٩/ ٣١٣) - التاج والإكليل (٦/ ٢٥٤) - الحاوي (٥/ ٤٠٨) - المهذب (٢/ ٦٤) - روضة الطالبين (٣/ ٤١٣) - أسنى المطالب (٢/ ٣٨) - مغني المحتاج (٢/ ٣٩٢) - المغني (٤/ ١٦٤) - المبدع (٤/ ٤٧) - الإنصاف (٤/ ٣٣٨)- كشاف القناع (٣/ ١٨٧) - المحلى (٧/ ٥٣٧) - سبل السلام (٢/ ٣٣) - نيل الأوطار (٥/ ٢٦٠).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية ص٣٧٠ - حاشية الروض المربع (٤/ ٣٨٩).

(٣) ينظر: البيان والتحصيل (٩/ ٣١٣) - شرح التلقين (٢/ ١٠١٢) - التاج والإكليل (٦/ ٢٥٤).

القول الأول: أن التسعير حرام مطلقاً، وهو معتمد المالكية[١]، والصحيح عند الشافعية[٢]، ومعتمد الحنابلة[٣]، واختاره ابن حزم[٤]، والشوكاني[٥].

وقد استدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٩].

وجه الاستدلال: أنها تفيد إطلاق الحرية للبائع، والتسعير حجر عليه وإلزام له بصفة معينة في البيع قد لا يكون راضياً بها فيكون كالأكل بالباطل الذي نهت الآية عنه[٦].

الدليل الثاني: عن عمرو بن يثربي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه)[٧].

وجه الدلالة من الحديث: أن التسعير يتضمن أخذ أموال الناس دون أن تطيب أنفسهم بذلك، وهذا داخل في عموم ما نهى عنه الرسول ﷺ[٨].

ونوقش هذان الاستدلالين من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن التسعير لا يخالف أدلة اعتبار الرضا؛ لأن

---

(١) ينظر: الكافي (٢/ ٧٣٠) - المنتقى (٥/ ١٨) - البيان والتحصيل (٩/ ٣١٣) - التاج والإكليل (٦/ ٢٥٤)

(٢) ينظر: المهذب (٢/ ٦٤) - روضة الطالبين (٣/ ٤١٣) - أسنى المطالب (٢/ ٣٨) - مغني المحتاج (٢/ ٣٩٢)

(٣) ينظر: المغني (٤/ ١٦٤)- المبدع (٤/ ٤٧) - الإنصاف (٤/ ٣٣٨) - كشاف القناع (٣/ ١٨٧).

(٤) ينظر: المحلى (٧/ ٥٣٧). (٥) ينظر: نيل الأوطار (٥/ ٢٦٠).

(٦) ينظر: سبق تخريجه ص١٨١.

(٧) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٢٩) - نيل الأوطار (٥/ ٢٦٠).

التسعير إلزام للتجار ببيع السلعة بسعر المثل الذي يراعى عند تحديده مصلحة البائع والمشتري، فلا يكون فيه أكل لأموال الناس بالباطل[(١)].

الوجه الثاني : أن قاعدة الأصل في عقود المعاوضات عدم جوازها إلا بالتراضي يستثنى منها مواضع يجمعها أنها إكراه بحق، ومنها : " بيع المال لقضاء الدين الواجب، والنفقة الواجبة... "[(٢)].

الدليل الثالث : عن أنس رضي الله عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ ، فقالوا : يا رسول الله، سَعِّر لنا ، فقال : (إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق، وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال)[(٣)].

الدليل الرابع : عن أبي هريرة أن رجلا جاء فقال : يا رسول الله، سعر فقال : (بل أدعو)، ثم جاءه رجل فقال : يا رسول الله، سعر فقال : (بل الله يخفض ويرفع، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة)[(٤)].

---

(١) ينظر: أحكام السوق، الدريويش ص٣٧٣ - التسعير، الصالح ص١٦٦٨ - التسعير، آل حسين ص٩١

(٢) مجموع الفتاوى (١٤/ ٣١٤).

(٣) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (١٤٠٥٧)، وأبو داود في سننه كتاب البيوع، باب في التسعير، برقم (٣٤٥١)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، برقم (١٣١٤)، وابن ماجة في سننه كتاب التجارات، باب من كره أن يسعر، برقم (٢٢٠٠)، وقال عنه الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وصححه ابن الملقن، وقال ابن حجر: إسناده على شرط مسلم، وصححه الألباني. ينظر في تخريجه: مسند أحمد (٢١/ ٤٤٤) - سنن أبي داود(٥/ ٣٢٢) - سنن الترمذي (٢/ ٥٩٦) - سنن ابن ماجة(٣/ ٣١٩)- البدر المنير (٦ / ٥٠٨) - التلخيص الحبير(٤ / ١٧٥٧) - غاية المرام، الألباني ص ١٩٤

(٤) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٨٤٤٨)، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في التسعير برقم (٣٤٥٠)، وأبو يعلى في مسنده برقم (٦٥٢١)، والطبراني في المعجم الأوسط برقم (٤٢٧)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٤٧٣)، وقال عنه الهيثمي في المجمع: رجاله رجال =

وجه الدلالة من الحديثين : تظهر دلالة الحديثين على تحريم التسعير من الوجهين التاليين :

الوجه الأول : أن الرسول ﷺ امتنع عن التسعير، مع أن الصحابة طلبوا منه ذلك وتكرر الطلب منهم، ومع ذلك لم يسعر، فلو كان التسعير جائزا لأجابهم إلى طلبهم.

الوجه الثاني : أن الرسول ﷺ علل امتناعه عن التسعير بأنه ظلم، والظلم حرام، وعلى هذا يكون التسعير حراماً[(١)].

ونوقش هذا الاستدلال من الوجهين التاليين :

الوجه الأول: " أن هذه قضية معينة ليست لفظاً عاماً "[(٢)]، وامتناع الرسول ﷺ عن التسعير محمول على حالة خاصة وهي أن التجار في ذلك الوقت كانوا أهل صلاح، وكانوا يبيعون بأسعار مناسبة، والغلاء في ذلك الوقت لم يكن يرجع إلى جشع التجار وإنما كان ناتجاً عن قلة السلع المعروضة وكثرة الطلب عليها[(٣)]

الوجه الثاني : أن الرسول ﷺ لم ينه عن التسعير صراحة ولم يحرمه بل امتنع عنه؛ لعدم الحاجة إليه، وهذا لا يلزم منه التحريم[(٤)]،

= الصحيح، وحسن إسناده ابن الملقن وابن حجر، وصححه الألباني. ينظر: مسند أحمد (١٤/ ١٦٣) - سنن أبي داود (٥/ ٣٢٠-٣٢١) - مسند أبي يعلى (١١/ ٤٠١) - المعجم الأوسط (١ / ١٣٦) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٢٩) - البدر المنير (٦ / ٥٠٨) - مجمع الزوائد (٤ / ٩٩) - التلخيص الحبير (٤ / ١٧٥٨) - صحيح الجامع الصغير (١/ ٥٤٦).

(١) ينظر: المغني (٤/ ١٦٤) - سبل السلام (٢/ ٣٣ - ٣٤) - نيل الأوطار (٥/ ٢٦٠-٢٦١).

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية (١٤/ ٣٢٣). وينظر: الطرق الحكمية ص٣٧٤.

(٣) التسعير، الصالح ص١٦٧٠. وينظر: أحكام السوق، الدريويش ص٣٧٤ - التسعير، آل حسين ص٩٥.

(٤) ينظر: المصادر السابقة نفس أرقام الصفحات.

فالأمر" يحتمل أن يكون هذا من تصرفاته ﷺ بمقتضى الأمانة، وأنه عليه الصلاة والسلام راعى المصلحة التي كانت تدعو إليها تلك الظروف"[(١)].

الدليل الخامس: ما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه مر بحاطب بسوق المصلى، وبين يديه غَرَارتان[(٢)] فيهما زبيب، فسأله عن سعرهما، فسعر له مُدَّين لكل درهم، فقال له عمر رضي الله عنه: (قد حُدِّثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً، وهم يعتبرون بسعرك، فإما أن ترفع في السعر، وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت، فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطباً في داره فقال له: إن الذي قلت ليس بِعْزَمة[(٣)] مني، ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع، وكيف شئت فبع)[(٤)].

وجه الدلالة: أن عمر رضي الله عنه رجع عن التسعير بعدما رأى أنه أخطأ، مما يدل على المنع منه[(٥)]

ونوقش هذا الأثر والاستدلال به من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن هذا الأثر ضعيف؛ لوجود انقطاع في سنده[(٦)].

---

(١) حكم التسعير، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (٢/ ٥٤٠).

(٢) غرارتان: مثنى غرارة، وهي: وعاء من صوف، أو شعر لنقل التبن، والطعام،ونحوه، وهو يشبه العديلتين اللتين توضعان في جنب البعير، وتعدل كل واحدة منهما صاحبتها. ينظر: معجم ديوان العرب، الفارابي (٣/ ٩٦) - طلبة الطلبة ص ٢٠١ - المصباح المنير (٢/ ٤٤٤).

(٣) العزمة: القوة والجد في الأمر. ينظر: تهذيب اللغة (٢/ ٩١) - لسان العرب (١٢/ ٣٩٩).

(٤) هذا الأثر أخرجه بهذا اللفظ البيهقي في الكبرى برقم (١١٤٧٧)، وابن كثير في مسند الفاروق، وهو مرسل لأنه من رواية سعيد بن المسيب عن عمر، وهو لم يسمع من عمر رضي الله عنه. ينظر: السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٢٩) - مسند الفاروق، ابن كثير (١/ ٣٤٩) - المحلى (٧/ ٥٣٨).

(٥) ينظر: المغني (٤/ ١٦٤).

(٦) هذا الأثر من طريق سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه، وسعيد بن المسيب لم يسمع من عمر =

الوجه الثاني : أن هذا الأثر لو صح فإنه اجتهاد من عمر رضي الله عنه للمصلحة العامة، والمصلحة كما تكون في ترك التسعير في بعض الأحيان، فإنها تكون في الإلزام به في أحيان أخرى(١).

الدليل السادس : من المعقول، وذلك من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن الناس مسلطون على أموالهم، ولا يجوز أخذها بغير طيب أنفسهم إلا في مواضع معينة، وليس التسعير منها، بل فيه حجر عليهم، وإضرار بهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن(٢).

ونوقش هذا الاستدلال : بأن الإمام يرعى مصالح كل الأمة، وليس من العدل أن يترك الإمام الفرصة للتجار في الاحتكار واستغلال الناس، بل من مصلحة المسلمين إجبار التجار على البيع بسعر المثل(٣).

الوجه الثاني : أن التسعير قد يمنع الجالبين من القدوم بسلعهم إلى البلد ؛حتى لا يجبروا على البيع بغير ما يريدون، وقد يمتنع أهل السوق من بيع ما لديهم، أو إخفائه، فيفضي ذلك إلى اختلال قانون العرض والطلب، ويؤدي إلى خلل في الأنشطة الاقتصادية، وغلاء الأسعار وارتفاعها(٤).

= إلَّا نعيه النعمان بن المقرن على المنبر. ينظر: التمهيد (٢٣/ ٩٣) – المحلى (٧/ ٥٣٨) - مقدمة ابن الصلاح ص١٧٩.

(١) ينظر: أحكام السوق، الدريويش ص٣٧٩ - تسعير الدواء، الصواط ص٢٤١.

(٢) ينظر: الاستذكار (٨/ ١٩١) - المنتقى (٥/ ١٨) – الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٧، ٤١٠) - البيان (٥/ ٣٥٥) - المغني (٤/ ١٦٤) - نيل الأوطار (٥/ ٢٦٠) – تحفة الأحوذي (٤/ ٥٤٣).

(٣) التسعير، الصالح ص١٦٧٣ - وينظر: التسعير، آل حسين ص١١٠ - تسعير الدواء ص٢٤٢.

(٤) ينظر: المغني (٤/ ١٦٤) – التضخم النقدي، المصلح ص٣١٧.

ونوقش من الوجهين التاليين

الوجه الأول: أن كون التسعير قد يترتب عليه شيء من الظلم لا يُسَوِّغ منعه بالكلية، بل الواجب تحري العدل في استعماله من أجل تحصيل المصالح المترتبة عليه(١).

الوجه الثاني : أن " السعر منه ما هو ظلم لا يجوز، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباحه الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس... فهو جائز "(٢).

القول الثاني : أن التسعير جائز عند الحاجة إليه، وبهذا قال فقهاء الحنفية(٣)، وهو قول عند المالكية(٤)، ووجه مرجوح عند الشافعية(٥)، وعند الحنابلة(٦)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية(٧)، وابن القيم(٨)، وهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية(٩)، ورجحه عدد من

---

(١) ينظر: أحكام السوق، الدريويش ص٣٨٠ - التسعير، آل حسين ص١١٢ -التضخم النقدي، المصلح ص٣٢٣

(٢) مجموع الفتاوى (١٤/ ٣١٣).

(٣) وقد ذكر فقهاء الحنفية أن جواز ذلك إذا حصل تعد فاحش، وعجز الإمام أو نائبه عن صيانة حقوق المسلمين. ينظر: البدائع (٥/ ١٢٩) - الهداية (٤ / ٣٧٧) - الاختيار (٤/ ١٦١) -تبيين الحقائق (٦ / ٢٨).

(٤) وذكر بعض فقهاء المالكية أن الجواز مقيد بغير الجالب، وبعدل الحاكم، وتحقق المصلحة. ينظر: الاستذكار (٨ / ٣٧٣) - عارضة الأحوذي (٦ / ٥٤) - التاج والإكليل (٦ / ٢٥٤) - المعيار المعرب (٦/ ٤٠٩).

(٥) ينظر: الحاوي (٥/ ٤٠٨) - المهذب (٢/ ٦٤) - نهاية المطلب (٦/ ٦٣) - روضة الطالبين (٣/ ٤١١)

(٦) ينظر: الفروع (٦/ ١٧٨) - الإنصاف (٤ / ٣٣٨).

(٧) ينظر: مجموع الفتاوى (٤/ ٣١٣).

(٨) ينظر: الطرق الحكمية ص٣٧٤ - ٣٧٥.

(٩) ينظر: حكم التسعير (٢/ ٦٠٢) وقيدوا الجواز بشرطين: الأول: أن يكون التسعير فيما حاجته عامة لجميع الناس، والثاني: ألا يكون سبباً لغلاء قلة العرض أو كثرة الطلب.

الباحثين المعاصرين[١].

وقد استدل أصحاب هذا القول فيما ذهبوا إليه بالأدلة التالية :

الدليل الأول : عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله رضي الله عنه : (من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق)[٢].

وجه الاستدلال من الحديث : أن الشارع منع المالك أخذ زيادة على القيمة، وأوجب إخراج الشيء من ملكه بعوض المثل؛ لمصلحة تكميل العتق، وتقويم الجميع قيمة المثل هو حقيقة التسعير[٣].

ونوقش : بأن الحديث لا دلالة فيه على جواز التسعير ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أمر بتقويم العبد بثمن المثل ؛ للضرورة من أجل تكميل الحرية، وهي حق لله[٤].

وأجيب : بأن الحديث جاء فيه اعتبار مصلحة الشريك الخاص، واعتبار مصلحة المسلمين العامة أولى[٥]

الدليل الثاني : ما جاء في الحديث عن النبي رضي الله عنه أنه قال : (لا

---

(١) ينظر: التسعير، الصالح ص١٦٧٣ - التضخم النقدي، المصلح ص٣٢٤ - التسعير، نورين ص١٧٩.

(٢) الحديث أخرجه البخاري كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين برقم (٢٥٢٢)، ومسلم، كتاب العتق، باب من أعتق شركاً له في عبد برقم (١٥٠١).ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٤٤) - صحيح مسلم(٣/ ١٢٨٦)

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٨/ ٩٦) - الطرق الحكمية ص٣٧٥ - ٣٧٦.

(٤) ينظر: الطرق الحكمية ص ٣٧٦.

(٥) ينظر: المصدر السابق ص٣٧٦.

ضرر ولا ضرار)(١).

وجه الدلالة: أن في التسعير مراعاة لحق الناس وحق التجار، ودفعاً للضرر عن الطرفين، بمنع تعدي التجار في الأسعار تعدياً فاحشاً، ودفع للضرر عن التجار بإعطائهم ثمن المثل(٢).

الدليل الثالث: ما جاء في خبر عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع الصحابي الجليل حاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه حيث وجده يبيع الزبيب بالمدينة، فقال: كيف تبيع يا حاطب؟ فقال: مدين بدرهم، فقال: (تبتاعون بأبوابنا وأفنيتنا وأسواقنا وتقطعون في رقابنا ثم تبيعون كيف شئتم، بع صاعاً وإلا فلا تبع في سوقنا، وإلا فسيروا في الأرض واجلبوا ثم بيعوا كيف شئتم)(٣).

وجه الاستدلال: أن أمر عمر لحاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنهما بأن يبيع الصاع بدرهم نوع من التسعير، وعمر له سنة متبعة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينكروا عليه، فكان إجماعاً(٤).

---

(١) هذا الحديث أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً برقم (٢٧٥٨)، وأحمد في مسنده برقم (٢٨٦٥)، وابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره برقم (٢٣٤١)، والدارقطني في سننه برقم (٣٠٧٩)، والطبراني في الكبير برقم (١١٥٧٦)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٧١٧)، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وقال ابن العربي: أجمعت الأمة على صحة هذا الحديث، وقواه وحسنه بمجموع طرقه ابن رجب في جامعه، وصححه الألباني في الإرواء. ينظر: موطأ مالك (٤/ ١٠٧٨) - مسند أحمد (٥/ ٥٥) - سنن ابن ماجة (٣/ ٤٣٢) - سنن الدارقطني (٤/ ٥١) - المعجم الكبير (١١/ ٢٢٨) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٦٩) - المستدرك (٢/ ٦٦) - المسالك في شرح موطأ مالك (٦/ ٤١٠) - جامع العلوم والحكم (٢/ ٢١٠) - إرواء الغليل (٣/ ٤٠٨).

(٢) ينظر: التسعير الجبري، نزيه حماد ص٨٣ - التسعير في الإسلام، الشوربجي ص٢٧.

(٣) هذا الأثر رواه عبدالرزاق في مصنفه في كتاب البيوع، باب هل يسعر ؟ برقم (١٤٩٠٦)، وهو مرسل، حيث لم يسمعه ابن المسيب من عمر رضي الله عنه. ينظر: المصنف، عبدالرزاق (٨ / ٢٠٧) - المحلى (٩/ ٤٠).

(٤) ينظر: إجمال الإصابة، العلائي ص ٤٧ - ٥٥ - التضخم النقدي ص ٣١٩ - تسعير الدواء ص٢٤٥

ونوقش هذا الاستدلال من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن هذا الأثر لا يصح عن عمر رضي الله عنه كما هو مبين في تخريجه.

الوجه الثاني : أنه لو صح عن عمر فمعناه نهيه أن يبيع من المكاييل أكثر مما يبيع بهذا الثمن(١).

الوجه الثالث : أن عمر رضي الله عنه رجع عن التسعير والإلزام به بعد ما تبين له خطؤه(٢).

الدليل الرابع : من المعقول، وذلك من الأوجه التالية :

الوجه الأول : قياس التسعير على الاحتكار بجامع الظلم ومنع الناس من الوصول إلى شراء أقواتهم، فقد نهي عن الاحتكار ؛ لما فيه من ظلم، فكذلك التسعير يجب ؛ لئلا يفضي تركه إلى وقوع الظلم(٣).

الوجه الثاني : قياس جواز التسعير على الإكراه بحق فيما لو أجبر الغريم على بيع ماله لوفاء دينه للغرماء فيجبر البائع على البيع بسعر محدد لمصلحة المشتري(٤).

الوجه الثالث : في جواز التسعير تحقيق لقاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة(٥)، فالتسعير عند تجاوز التجار يحقق

---

(١) ينظر : المحلى (٧/ ٥٣٨).

(٢) ينظر : التسعير، الصالح ص١٦٧١- حكم التسعير، حلمي ص٢٩٨ - تسعير الدواء ص٢٤٥.

(٣) ينظر : الطرق الحكمية ص٣٧٤ - أحكام السوق، الدريويش ص٣٨٤ - التسعير، خولة الغامدي ص٦٤.

(٤) ينظر : اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، عبدالله آل سيف (٦/ ١٩٧).

(٥) ينظر : تبيين الحقائق (٦/ ٢٧) - تسعير الدواء ص٢٤٦.

مصلحة الأمة بإرخاء الأسعار للناس وحمايتهم من جشع التجار[١].

الوجه الرابع : في جواز التسعير تحقيق لقاعدة سد الذرائع ، ووجه ذلك : أن ترك الحرية للناس في البيع والشراء بأي ثمن دون تسعير أمر مباح في الأصل، ولكنه قد يؤدي إلى الاستغلال والتحكم في ضروريات الناس، فيقضي هذا الأصل الشرعي بسد هذا الباب، وذلك بتقييد التعامل بأسعار محددة[٢].

الترجيح : الراجح القول الثاني المتضمن جواز التسعير إذا تحقق به العدل بين الناس، واقتضته الحاجة، ويبقى على أصل المنع حين لا تكون هناك حاجة إليه، ولا تتحقق به مصالح الناس، ويؤيد ذلك ما يلي:

أولاً : قوة أدلته، وسلامتها في الجملة.

ثانياً : في هذا القول جمع بين أدلة النهي عن التسعير وأدلة جوازه، بأن يحمل النهي على الحالة العادية التي لا غلاء فيها ولا احتكار ولا ظلم، ويحمل الجواز على حالة الغلاء[٣].

ثالثاً : أن في هذا القول إعمالاً لمقاصد الشريعة، وتحقيقاً لمصالح الأمة، ودفعاً للضرر عن الناس[٤].

---

(١) ينظر: التسعير في نظر الشريعة، الصالح ص١٦٧٧.

(٢) ينظر: اختيارات ابن تيمية الفقهية، آل سيف (٦/ ١٩٨) - تسعير الدواء ص٢٤٦.

(٣) ينظر: حكم التسعير، ماجد أبو رخية (١/ ٣٧٨) - تسعير الدواء ص٢٤٧.

(٤) ينظر: تسعير الدواء ص٢٤٧.

الفرع الرابع: مدى جريان التسعير في العمل الطبي، والأدوية الطبية، ونحوها

اختلف الفقهاء في الأشياء التي يجري فيها التسعير، وخلافهم على الأقوال التالية:

القول الأول: أن التسعير يجري في أشياء مخصوصة، ولا يجري في كل شيء، وأصحاب هذا القول اختلفوا في الأشياء المخصوصة التي يجري فيها على الآراء التالية:

الرأي الأول: أن التسعير يجري في المأكول فقط، وهو قول عند المالكية[(١)].

ويمكن أن يستدل لهم: بأن حاجة الناس إلى المأكولات أكثر من غيرها فاختص التسعير بها[(٢)].

الرأي الثاني: أن التسعير يجري في المأكولات والموزونات فقط، مطعومة كانت أو غير مطعومة، وهو قول آخر عند المالكية[(٣)].

واستدلوا: بأن المكيل والموزون مما يرجع فيه إلى المثل، فوجب حمل الناس فيه على سعر واحد بخلاف غيرهما فإنه إنما يرجع فيه إلى القيمة، وعدم تماثله يوجب عدم حمل الناس فيه على سعر واحد[(٤)].

الرأي الثالث: أن التسعير يجري في القوتين قوت البشر والبهائم، وهو قول الحنفية[(٥)]، وبعض الشافعية[(٦)]

(١) ينظر: المنتقى (٥/ ١٨) - التيسير، المجيلدي ص٤١ وما بعدها.
(٢) ينظر: تسعير الدواء ص٢٤٩.
(٣) ينظر: المنتقى (٥/ ١٨) - التيسير، المجيلدي ص٥١.
(٤) ينظر: المنتقى (٥/ ١٩).
(٥) ينظر: الهداية (٤/ ٣٧٨) - تبيين الحقائق (٦/ ٢٨) - الفتاوى الهندية (٣/ ٢١٤).
(٦) ينظر: فتح العزيز (٤/ ١٢٧) - روضة الطالبين (٣/ ٤١٣) - كفاية النبيه (٩/ ٢٨٣).

واستدلوا على ذلك: بأن الضرر في الأعم الأغلب إنما يلحق الناس في القوتين دون غيرهما[(١)].

ونوقشت هذه الآراء: بأن الضرر اللاحق بالناس من غلاء الأسعار يتحقق في غير المكيل والموزون، والأقوات، والمأكولات، وقد تكون حاجة الناس إلى التسعير في غيرها أشد، والتسعير شرع لإزالة الضرر عن الناس، ولا يتحقق ذلك إلَّا بشموله كل ما يحتاج إليه الناس في حياتهم[(٢)].

القول الثاني: أن التسعير يجري في كل ما تعم إليه حاجة الناس، ويلحق العامة الضرر بترك التسعير فيه، وهو قول عند الحنفية[(٣)]، ووجه عند الشافعية[(٤)]، واختيار ابن تيمية[(٥)]، وابن القيم[(٦)]، وعدد من الباحثين المعاصرين[(٧)].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: أن الحجر يجوز إذا عمَّ الضرر، كما في الحجر على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، فيجوز التسعير إذا عم الضرر من غير تحديد له بأصناف معينة؛ لأن التسعير حجر منعي[(٨)].

---

(١) ينظر: أحكام السوق، الدريويش ص٣٩٣ - التسعير، آل حسين ص١٣٩ - التسعير، نورين ص١٨٢.
(٢) ينظر: التسعير، آل حسين ص١٣٩ - تسعير الدواء، الصواط ص٢٤٩.
(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٤٠١).
(٤) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٤١٣) - مغني المحتاج (٢/ ٣٩٢).
(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٨/ ٨٧).
(٦) ينظر: الطرق الحكمية ص٣٦٧.
(٧) ينظر: أحكام السوق، الدريويش ص٣٩٤ - التسعير، آل حسين ص١٤٣ - التسعير، نورين ص١٨٣.
(٨) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٥٧).

الدليل الثاني : الاعتبار بحقيقة الضرر، فإن الضرر يحصل بغلاء سعر ما تعم إليه الحاجة من الأقوات، وحاجة الناس إلى بعض المنافع والخدمات قد تكون أشد من حاجتهم إلى الأقوات(١).

الراجح : القول الثاني المتضمن أن التسعير يشمل كل ما تعم الحاجة إليه، ويؤيد ذلك ما يلي :

أولاً : قوة أدلته، واتفاقها مع عمومات أدلة التسعير التي ليس فيها تقييد للتسعير بالأقوات، أو المكيلات **ثانياً**: أن هذا القول يتفق مع مقاصد الشريعة وقواعدها العامة في جلب المصالح ودفع المفاسد(٢).

وعليه فإن التسعير يدخل في العمل الطبي، وأجور الأطباء، والأدوية الطبية ونحوها.

الفرع الخامس : ضوابط تحديد العوض في العقد الطبي :

تخريجاً على ما سبق من جواز التسعير عند اقتضاء المصلحة، وكون التسعير يدخل في العمل الطبي وما شاكله يقال : بجواز تحديد أجور الأطباء، وأثمان الأدوية، ونحوها وذلك إذا تحققت الشروط التالية :

الشرط الأول : أن يكون التسعير فيما حاجته عامة لجميع الناس، بمعنى أن تظهر الحاجة إلى نوع من أنواع التطبيب أو أكثر والذي ارتفع أجره.

الشرط الثاني : أن يكون الغلاء بفعل تحكم الأطباء لا بسبب قلة

---

(١) ينظر: التسعير،اللجنة الدائمة (٢/ ٤٥٨) - أحكام السوق، الدريويش ص٣٩٤ - التسعير، نورين ص١٨٣.

(٢) ينظر: تسعير الدواء، الصواط ص٢٥٠.

العرض، وكثرة الطلب، بحيث لا يكون سبب ذلك كثرة الخلق، أو قلة عدد الأطباء بما ليس لأحد فيه يد.

الشرط الثالث : أن يتم تحديد العوض من قبل لجنة تتضمن عدداً من الخبراء، ضماناً لعدالة التحديد، ودرءاً لشبهة التواطؤ.

الشرط الرابع : أن يكون تحديد الأجور مرضياً به من قبل الأطباء والعامة، بحيث يكون أجراً معقولاً لا وكس فيه ولا شطط، ومراعياً لمصالح جميع الأطراف[(١)].

أما عند عدم توفر هذه الشروط السابقة أو اختلالها فيبقى المنع من تحديد أجور الأطباء هو الأصل ؛ لأن الجواز جاء لمصلحة معينة وعند انعدامها يتم البقاء على الأصل.

---

(١) ينظر: أحكام السوق، الدريويش ص٣٨٩ - التسعير، آل حسين ص٢٨١ - ٢٨٣ - نظرية التسعير الجبري، الربابعة ص٩٩ - أضواء على أجرة الطبيب ص٢٥٤ - تسعير الدواء، محمد الصواط ص٢٦٧ - ٢٦٨.

المطلب التاسع

حكم أخذ العوض من شركات التأمين في العقد الطبي

سأتناول في هذا المطلب في الفروع التالية

الفرع الأول : تعريف التأمين:

يفرق بعض الفقهاء والباحثين في عقد التأمين عند بيان تعريفه بين التأمين كنظام، أو نظرية، وبينه كعقد، أو تطبيق[(١)]، وسأبين ذلك فيما يلي :

أولاً : تعريفه كنظام أو نظرية: "نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة، بواسطة هيئات منظمة، تزاول عقوده بصورة فنية، قائمة على أسس وقواعد إحصائية"[(٢)].

ثانياً : تعريفه كعقد أو تطبيق: عقد يلتزم المُؤَمِّن بمقتضاه أن يؤدي إلى المُؤَمَّن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع

---

(١) ينظر: الوسيط، السنهوري (٧/ ١٠٨٤) - نظام التأمين، مصطفى الزرقا ص٢١ - حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، حسان ص١٥ -نظام التأمين، فيصل مولوي ص١٢ -١٣ - التأمين الاجتماعي، عبداللطيف محمود ص٢٩ - أحكام التأمين الصحي، عبدالله آل سيف ص١٨.

(٢) نظام التأمين، الزرقا ص٢١. وينظر: الوسيط، السنهوري (٧/ ١٠٨٧) - التأمين الاجتماعي ص٢٩.

الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط، أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن[(١)].

وبهذا التعريف أو قريب منه عرفته معظم قوانين الدول العربية، وعرفه بذلك جملة الباحثين في عقد التأمين[(٢)]

الفرع الثاني: أنواع التأمين :

والتأمين ينقسم إلى أقسام متعددة باعتبارات متعددة أبرزها ما يلي :

الاعتبار الأول : باعتبار موضوع عقد التأمين، وينقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع : التأمين التجاري، والتأمين الاجتماعي، والتأمين التعاوني

الاعتبار الثاني : باعتبار محل عقد التأمين، وينقسم بهذا الاعتبار إلى الأنواع التالية : التأمين على الأشياء، والتأمين على الأشخاص، والتأمين على المسؤولية[(٣)].

وعند النظر في التأمين الصحي يتبين أنه يندرج تحت النوع الثاني

---

(١) ينظر: الوسيط، السنهوري (٧/ ١٠٨٤).

(٢) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٢١ - عقد التأمين، حسني ص٩-١١ - حكم الإسلام في التأمين، علوان ص٦ - التأمين بين الحل والتحريم، عيسى عبده ص٢٦ - التأمين الإسلامي، عبدالسميع البصري ص٧ - عقد التأمين التجاري، العروان ص٦ - التأمين وأحكامه، ثنيان ص٣٩ - التأمين الاجتماعي، محمود ص٣١-٣٢، ٣٥ - الخطر والتأمين، رفيق المصري ص٣٣ - عقد التأمين، عبدالله النجار ص٢٠.

(٣) ينظر هذا التقسيمات في المصادر التالية: الوسيط، السنهوري (٧/ ١١٥٧) - نظام التأمين، الزرقا ص١٢٤-١٢٥ التأمين بين الحل والتحريم، عبده ص٢٧،٢٩- حكم الشريعة في عقود التأمين، حسان ص٣٤،٣٨- عقد التأمين، النجار ص٧٨-٨٤ - التأمين الاجتماعي، محمود ص٤٢- ٤٨ - التأمين التعاوني، العجلان ص٥٢ - ٦٠ - التأمين، الدسوقي ص١٨-٤٦- التأمين، ثنيان ص٧٠ -٨٤- نظام التأمين، مولوي ص١٣٥.

من القسم الثاني، وهو التأمين على الأشخاص، وحيث إنه هو المقصود بالبحث فسيكون الحديث عنه فيما يلي :

أولاً : تعريف التأمين الصحي :

عرف التأمين الصحي بعدد من التعريفات أبرزها ما يلي :

التعريف الأول : عقد بموجبه يدفع المؤمَّن له أقساط التأمين للمؤمِّن، ويتعهد المؤمِّن في حالة ما إذا مرض المؤمَّن له في أثناء مدة التأمين، بأن يدفع له مبلغاً معيناً، دفعة واحدة، أو على أقساط، وبأن يرد له مصروفات العلاج، والأدوية، كلها، أو بعضها(١).

التعريف الثاني : اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو مؤسسة تتعهد برعايته، بدفع مبلغ محدد، أو عدد من الأقساط لجهة معينة، على أن تلتزم تلك الجهة بتغطية العلاج أو تغطية تكاليفه خلال مدة معينة(٢).

والتعريفان متقاربان.

ثانياً : أنواع التأمين الصحي :

ينقسم التأمين الصحي إلى الأنواع التالية :

النوع الأول : التأمين الصحي التجاري، ويقصد به : اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو مؤسسة تتعهد برعايته، بدفع مبلغ محدد، أو عدد من الأقساط لجهة معينة، على أن تلتزم تلك الجهة بتغطية العلاج، أو تغطية

---

(١) ينظر: الوسيط، السنهوري (٧/ ١٣٧٧ - ١٣٧٨) - التأمين الصحي، الفنيسان ص٢٠١ - التأمين الصحي الترتوري ص١٠٠ - التأمين الصحي، فلمبان ص٢٦ - ٢٨ - التأمين الصحي، الألفي ص٣٣ - التأمين الصحي، حيدر ص٧٧ - أحكام التأمين الصحي التعاوني، آل سيف ص٤٩.

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٤٩) (١٦/٧) الدورة (١٦) السنة (١٤٢٦هـ).

تكاليفه، خلال مدة معينة[١].

النوع الثاني : التأمين الصحي التعاوني، ويقصد به : "عقد بين جماعة، على التبرع بمقادير متساوية، أو متفاوتة ؛ بغرض علاج من يمرض منهم، من هذه الأموال "[٢].

النوع الثالث : التأمين الصحي الاجتماعي، ويقصد به : قيام الدولة، أو الجهة التي يتبعها العامل باستقطاع جزء من راتبه ؛ لتدفعه له في صورة رعاية طبية شاملة عند حاجته لذلك[٣].

الفرع الثالث : حكم التأمين الصحي :

تبين أن التأمين الصحي قد يكون تجارياً، وقد يكون تعاونياً، وقد يكون اجتماعياً، وسأبين فيما يلي حكم كل نوع من هذه الأنواع بعرض موجز :

أ - حكم التأمين الصحي التجاري :

إذا كان التأمين الصحي تأميناً تجارياً فإنه يجري فيه الخلاف الفقهي في حكم التأمين التجاري، والخلاف فيه على قولين :

القول الأول : أن التأمين التجاري جائز، وأبرز من قال به : مصطفى الزرقا، وعبدالوهاب خلاف، وعلي الخفيف، ومحمد يوسف موسى[٤]،

---

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٤٩) (١٦/٧) الدورة (١٦) السنة (١٤٢٦هـ).

(٢) التأمين الصحي، الترتوري ص١٠٢.

(٣) الرعاية الصحية والتأمين الصحي، عبدالحكيم عثمان ص٥٨.

(٤) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٢٩ - التأمين، عيسى عبده ص٢٠١ - حكم الإسلام في التأمين، علوان ص٩ - التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق ص١٧ -١٩ - التأمين، الدسوقي ص٥٠ - عقد التأمين، حسني ص٢٥ - ٢٧ - عقد التأمين، النجار ص١٨٠ =

وهناك من خص بالجواز التأمين الصحي التجاري(١).

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : من الكتاب والسنة

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البَقَرَة: ٢٩].

وجه الدلالة : أن الله سبحانه خلق ما في الأرض ؛ لينتفع بها الناس، مما يدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة، ومنها العقود، ويدخل في ذلك عقد التأمين بكل صوره(٢).

ونوقش : بأن إباحة العقود مقيدة بعدم تعارضها مع أصول الشريعة وأحكامها، والأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، وعقد التأمين قد جاءت الأدلة بمنعه وتحريمه(٣).

الدليل الثاني : قال تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المَائدة: ٢].

وجه الدلالة : أن في الآية حث على التعاون بين المسلمين،

= - التأمين الاجتماعي ص٣٠٦ -٣٠٩ - التأمين وأحكامه، الثنيان ص١٥٧ - ١٥٨ - عقد التأمين التجاري، العروان ص٣١ - الإسلام والتأمين، الفنجري ص٨١ - الخطر والتأمين، رفيق المصري ص٩١ - نظام التأمين، مولوي ص٢١ - التأمين الصحي، حيدر ص١٨٩- عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٣٠٤ - أحكام التأمين الصحي التعاوني، آل سيف ص١٧٦.

(١) التأمين الصحي، الفنيسان ص٢١٠.

(٢) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٣٥ -٣٦ - عقد التأمين، النجار ص٣٢٠ - أحكام التأمين، الثنيان ص١٥٧ - التأمين الصحي، مراد ص١٨٦.

(٣) ينظر: عقد التأمين، النجار ص٣٢٠ - أحكام التأمين، الثنيان ص١٥٨.

وترغيب فيه، والتأمين التجاري فيه تعاون على دفع الكوارث وترميم آثارها، فيكون جائزاً مرغباً فيه[(١)].

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن التأمين التجاري لا يقوم على مبدأ التعاون، بل هدفه المعاوضة المالية، والمنفعة الشخصية.

الوجه الثاني: أن التعاون في رفع الكربات إنما يكون معتبراً إذا كان بالوسائل المباحة شرعاً، والتأمين التجاري مشتمل على جملة من المحرمات، فلا يكون داخلاً في التعاون الشرعي المندوب إليه[(٢)].

الدليل الرابع: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

الدليل الخامس: عن عمرو بن يثربي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه)[(٣)].

وجه الدلالة: أن طريق حل المال أن تسمح به نفس باذله من خلال التراضي، والتأمين يتراضى فيه الطرفان على أخذ مال بطريق مخصوص، فيكون حلالاً[(٤)].

ونوقش: بأن الإطلاق الوارد في هذه الأدلة مقيد بما جاء في النصوص الأخرى من تحريم الربا، والغرر، وأكل المال بالباطل،

---

(١) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٣٠ ص٤٥-٤٦ - نظام التأمين، مولوي ص٥٣ - التأمين، الثنيان ص٢٠٥.

(٢) ينظر: التأمين، الثنيان ص٢٠٦ - ٢١١ - التأمين الصحي، عثمان ص٩٥-٩٦.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص١٨١.

(٤) ينظر: عقد التأمين، النجار ص٣٢١ - التأمين الصحي، مراد ص١٨٧.

والتراضي على المحرم لا يبيحه(١).

ثانياً: من القياس، والمعقول:

استدل المُجوزون للتأمين التجاري بعدد من الأقيسة، من أهمها ما يلي:

أ - قياس عقد التأمين على عقد الموالاة، والذي يقصد به قول الرجل للآخر: ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت(٢)، ووجه الشبه بين عقد الموالاة وعقد التأمين: أن كلّاً منهما يشتمل على التزام بالموجب المالي الناشيء عن مسؤولية أحد عاقديه، فالمُؤَمن في عقد التأمين يتحمل عن المؤمن له الأحداث المؤمن ضدها مقابل الأقساط، والمسلم في عقد الموالاة يتحمل جنايات حليفه مقابل إرثه إياه(٣).

ونوقش هذا القياس من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن هذا قياس على أصل مختلف فيه، فإن عقد الموالاة مختلف في الإرث به(٤).

---

(١) ينظر: عقد التأمين النجار ص٣١٩ - التأمين، الثنيان ص١٥٧ - ١٥٨ - التأمين الصحي، مراد ص١٨٧.

(٢) ينظر: التعريفات ص٣٠٦ - المصباح المنير (٢/ ٦٧٢) - المطلع ص٣٦٢.

(٣) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٥٩ - حكم الإسلام في التأمين، علوان ص١٠ - التأمين وموقف الشريعة منه، الدسوقي ص٩٣ - نظام التأمين وموقف الشريعة منه، مولوي ص٢٣ - التأمين وأحكامه، الثنيان ص١٨١- عقد التأمين، النجار ص٣٤٣ - الخطر والتأمين، رفيق المصري ص٤٥.

(٤) اختلف الفقهاء في حكم التوارث بعقد الموالاة، فذهب أبو حنيفة إلى التوارث به، وذهب جمهور الفقها إلى عدم التوارث به. ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (٣/ ١٥-١٤٧) - المبسوط(٨/ ١٦٣) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٠) - أحكام القرآن، ابن العربي (١/ ٥٢٩) - المقدمات الممهدات(٣/ ١٢٨-١٢٩) - الحاوي(٨/ ١١٩-١٢٠) - نهاية المطلب (٩/ ٨) - فتح العزيز (٦/ ٤٤٢) -المغني (٦/ ٤٣٥) - الشرح الكبير(٧/ ١٠٠) - المبدع (٥/ ٣١٩، ٣٨١).

الوجه الثاني : أن عقد الموالاة يقوم على النصرة، والحماية، وهو من عقود التبرعات التي لا يؤثر فيها الغرر بخلاف عقد التأمين فهو يقوم على المعاوضة، وعقود المعاوضات تتأثر بالجهالة والغرر[(١)].

وأجيب : بأن الذين يقيسون عقد التأمين على عقد الموالاة يرون صحة عقد الموالاة، وبأن عقد الموالاة يتأثر بالغرر كغيره من العقود[(٢)].

ب - قياس عقد التأمين على ضمان خطر الطريق، والذي يقصد به : قول الرجل للآخر : اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فإن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن[(٣)]، ووجه الشبه بين عقد التأمين وضمان خطر الطريق : أن التزام المؤمن بضمان المستأمن عند وقوع الخطر كالتزام الضامن لخطر الطريق[(٤)].

ونوقش هذا القياس من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن هذا قياس مع الفارق ؛ لاختلاف العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه، فهي في ضمان خطر الطريق التغرير المتسبب في الإتلاف، بينما هي في عقد التأمين الالتزام بدفع الأقساط.

الوجه الثاني : أن ضمان خطر الطريق من عقود التبرعات، بخلاف

---

(١) ينظر: التأمين، عيسى عبده ص١٩٠ - ١٩١ - التأمين، الدسوقي ص٩٥-٩٧ - نظام التأمين، مولوي ص٤٣-٤٥ - التأمين، الثنيان ص١٨٢-١٨٣ - عقد التأمين، النجار ص٣٤٤ - ٣٤٥.

(٢) ينظر: عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص ٢٩٣ - ٢٩٤ - التأمين الصحي، مراد ص٢٢٢ - ٢٢٣.

(٣) ينظر: المحيط البرهاني (٥/ ٥٠٧-٥٠٨) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ٣٠٥) - مجمع الأنهر (٢/ ١٤٣) - حاشية ابن عابدين (٤/ ١٧٠) - الفتاوى الهندية (٣/ ٢٧٧).

(٤) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٦٠ - حكم الإسلام في التأمين، علوان ص١٠- ١١ - التأمين، الدسوقي ص٧١ - نظام التأمين، مولوي ص٢٧ - التأمين، الثنيان ص١٦١- عقد التأمين، النجار ص٣٣٧.

التأمين فهو من عقود المعاوضات، والعوض في الضمان يفسده، بخلاف العوض في عقد التأمين فإنه لا يفسده(١).

ج - قياس عقد التأمين على عقد الحراسة ، والذي يقصد به : القيام على حفظ الشيء، وصيانته، وحمايته، وتحقق السلطة الفعلية في الاستعمال، والرقابة، والتوجيه(٢)، ووجه الشبه بين عقد التأمين وعقد الحراسة : أن الجهد المبذول من الحارس في عقد الحراسة مقصوده تحقيق الأمان، وكذلك المال المبذول في عقد التأمين مقصوده تحقيق الأمان، وحيث إن عقد الحراسة من عقود الإجارة الجائزة فكذلك عقد التأمين يعتبر عقداً جائزاً(٣).

ونوقش : بأن هذا القياس قياس مع الفارق ؛ لأن الأجرة في عقد الحراسة إنما هي مقابل العمل، وليس الأمان، فالحارس يستحق أجرته عند قيامه بالحراسة، سواءً تحقق الأمان أم لم يتحقق، وكذلك الأقساط في عقد التأمين فإنها في مقابل مبلغ التعويض، وفي كلا العقدين لم يكن الأمان محلاً للعقد(٤).

وأجيب : بأن الأمان يصلح محلاً لعقد المعاوضة(٥).

د - قياس عقد التأمين على عقد المضاربة، ووجه الشبه بين عقد

---

(١) ينظر: التأمين، الدسوقي ص٧١ -٧٢ - نظام التأمين، مولوي ص٥٠- التأمين، الثنيان ص١٦١.

(٢) ينظر: المصباح المنير (١/ ١٢٩) - لسان العرب (٦/ ٤٨) - معجم اللغة العربية المعاصرة (١/ ٤٧١) - معجم لغة الفقهاء ص١٧٧ - الموسوعة الفقهية الكويتية (١٧/ ١٦٥) (٢٢/ ٧٧).

(٣) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٥٣ - نظام التأمين، مولوي ص٢٧- ٢٨ - التأمين، الثنيان ص١٦٥.

(٤) ينظر: نظام التأمين وموقف الشريعة منه، مولوي ص٥١- التأمين وأحكامه، الثنيان ص١٦٦.

(٥) ينظر: عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٢٩٥ - ٢٩٦.

التأمين وعقد المضاربة : حصول الانتفاع في كل من العقدين، ففي عقد المضاربة يدفع صاحب المال رأس مال المضاربة إلى المضارب ؛ ليتجر به، والربح بينهما حسب اتفاقهما، وفي عقد التأمين يدفع المؤمن لهم أقساط التأمين ؛ ليتاجر بها المؤمن، ويكون مبلغ التأمين الذي يدفعه المؤمن عند وقوع الخطر هو ربح المؤمن لهم، وتكون أقساط التأمين التي يدفعها المؤمن لهم هي ربح المؤمن، وبما أن المضاربة جائزة شرعاً، فكذلك يجوز التأمين(١).

ونوقش هذا القياس : بأنه قياس مع الفارق ؛ حيث يفارق عقد المضاربة عقد التأمين فيما يلي :

الفرق الأول : أن رأس المال في عقد المضاربة يكون ملكاً لصاحبه الذي دفعه، أما في عقد التأمين فإن ما يدفع من مال يكون ملكاً لشركة التأمين.

الفرق الثاني : أن الربح الناتج في عقد المضاربة للشركاء، بينما يكون الربح في عقد التأمين للشركة.

الفرق الثالث: أن الورثة في عقد المضاربة يستردون مال مورثهم ونصيبه من الأرباح، ولا يملك المضارب منه شيئاً، أما الورثة في عقد التأمين فإنهم لا يستردون شيئاً من الأقساط، ولا يستحقون مبلغ التأمين(٢).

---

(١) ينظر: عقد التأمين، حسني ص٢٥ - الإسلام والتأمين، الفنجري ص٥٨ - عقد التأمين التجاري، العروان ص٣٤ - ٣٥ - التأمين، الثنيان ص١٧٨ - عقد التأمين، النجار ص٣٢٣ - ٣٢٥.

(٢) ينظر: التأمين، الدسوقي ص٧٩ - عقد التأمين، حسني ص٣١ - ٣٤ - عقد التأمين التجاري، العروان ص٣٥ - ٣٦ - التأمين، الثنيان ص١٧٩ - ١٨٠ - عقد التأمين، النجار ص٣٢٧.

هـ - قياس عقد التأمين على عقد الجعالة، ووجه الشبه بين عقد التأمين وعقد الجعالة: أن الجاعل في عقد الجعالة يلتزم بدفع مال لمن يقوم له بعمل معين كرد الشيء الضائع ونحوه، وفي عقد التأمين يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له إذا قام بعمل معين هو دفع الأقساط، والجهالة والغرر يغتفران في عقد الجعالة،فكذلك يغتفران في عقد التأمين الصحي التجاري، وعقد الجعالة جائز شرعاً فكذلك عقد التأمين يعتبر عقداً جائزاً[(١)].

ونوقش هذا القياس من الأوجه التالية:

أن هذا قياس مع الفارق، حيث إن هناك فروقاً بين عقد الجعالة وعقد التأمين أبرزها ما يلي:

الفرق الأول: العمل في عقد الجعالة ليس مقصوداً لذاته، بينما القسط في عقد التأمين مقصود لذاته.

الفرق الثاني: العامل في عقد الجعالة يقوم بعمل فيه جهد وكلفة، بخلاف المستأمن في عقد التأمين.

الفرق الثالث: الجاعل في عقد الجعالة يدفع العوض بعد تمامه دون أي احتمال، أما في عقد التأمين فإن المستأمن يدفع كامل الأقساط، وقد لا يأخذ عوض ما دفعه من أقساط[(٢)].

وأجيب: بأن الجعالة فيها غرر، وقد أجازها جمهور الفقهاء، ولا

---

(١) ينظر: التأمين، الدسوقي ص١٠٠ - التأمين، الثنيان ص١٦٨- ١٦٩ - عقد التأمين، النجار ص٣٣٤ - التأمين الصحي، الألفي ص٤١ -٤٢ - التأمين الصحي، الفنيسان ص٢٠٤ - التأمين الصحي، مراد ص١٩٧.

(٢) ينظر: التأمين، الثنيان ص ١٦٩ - عقد التأمين، النجار ص٣٣٤ - التأمين الصحي، مراد ص١٩٨.

يلزم أن يشتمل عقد الجعالة على جهد وكلفة، فإن المجعول له قد يعثر على الشيء بجهد قليل، ويستحق المجعول له[١]

و - قياس عقد التأمين على العاقلة، والعاقلة يقصد بها: عشيرة الرجل، وأهل ديوانه، الذين يحملون معه في دية الخطأ[٢]، ووجه الشبه بين عقد التأمين وبين العاقلة: أن نظام العاقلة قد أقره الشارع، وألزم العاقلة بتحمل دية الخطأ؛ لما في ذلك من المصلحة والتعاون، والتأمين التجاري يقوم بذلك[٣].

ونوقش من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن قياس عقد التأمين على نظام العاقلة قياس مع الفارق؛ حيث إن نظام العاقلة يفارق عقد التأمين في كونه ليس بعقد بل هو نظام تناصر بين العصبات، ويقوم على مبدأ التعاون، بخلاف عقد التأمين فليس ضماناً يلتزم به المؤمن إزاء تقصير حصل منه، ويقوم على مبدأ المعاوضة والتكسب.

الوجه الثاني: أن المصلحة التي قدرها الشارع لا يمكن أن تتحول إلى مفسدة إذا حققها الناس بطريق التعاقد بأوجه مباحة، أما إذا اختلطت المصالح بالمفاسد ولم يمكن تخليص المصالح من المفاسد فتمنع[٤]

---

(١) ينظر: الخطر والتأمين، المصري ص١٠٠ - التأمين الصحي، مراد ص ١٩٨.

(٢) ينظر: المغرب (٢/ ٧٥) - التعريفات ص١٨٨ - حلية الفقهاء ص١٩٦ - تحرير ألفاظ التنبيه ص٣١١ - المطلع ص٤٤٩ - معجم لغة الفقهاء ص٢٧١.

(٣) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٦٢ - نظام التأمين، مولوي ص٢٤-٢٥ - التأمين، الدسوقي ص١١٢ - عقد التأمين، النجار ص٣٤٦ - التأمين، الثنيان ص١٨٥ - الخطر والتأمين، المصري ص٤٤.

(٤) ينظر: نظام التأمين، مولوي ص٤٦ - ٤٧ - التأمين، الدسوقي ص١١٢- ١١٣ - عقد التأمين، النجار ص٣٤٦ - ٣٤٧ - التأمين وأحكامه، الثنيان ص١٨٥ - ١٨٦.

وأجيب : بأنه لا يلزم في القياس تطابق المقيس والمقيس عليه من كل وجه، بل يكفي في القياس الشرعي مجرد التشابه، وهو متحقق بين نظامي التأمين والعاقلة[١].

ز - قياس التأمين على نظام معاشات التقاعد، ويقصد بنظام التقاعد : مجموعة القواعد النظامية التي تقرر الحقوق التقاعدية للموظف العام في حياته، أو لورثته والمستحقين عنه بعد مماته[٢]، ووجه الشبه بين عقد التأمين ونظام التقاعد : أن الشخص في نظامي التأمين والتقاعد يدفع قسطاً ضئيلاً دورياً لا يدري كم يستمر في دفعه، وكم يبلغ مجموعه عند التقاعد، وفي كليهما يأخذ الشخص أو أسرته مقابل ذلك القسط مبلغاً كبيراً، ونظام التقاعد جائز ؛ لما فيه من مصلحة عامة فكذلك عقد التأمين[٣].

ونوقش : بأن هذا قياس مع الفارق ؛ فعقد التأمين يختلف عن نظام التقاعد من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن نظام التقاعد محل خلاف بين الفقهاء، والقياس على أصل مختلف فيه محل خلاف.

الوجه الثاني : أن نظام التقاعد لا يقصد من ورائه الربح والتكسب بخلاف عقد التأمين.

الوجه الثالث : أن نظام التقاعد يغلب عليه جانب التبرع، ويبرمه

---

(١) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٩٤ -عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٢٩٨- التأمين الصحي، مراد ص٢٢٦

(٢) ينظر: نظام التقاعد المدني للموظف العام، العقيلي ص٢٣.

(٣) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٦٤- ٦٥ - حكم الإسلام في التأمين، علوان ص١٣ - نظام التأمين، مولوي ص٢٥- ٢٦ - التأمين وأحكامه، الثنيان ص٢٠٣.

ولي الأمر، والدافع إليه المصلحة وحسن الرعاية فيعفى عما يكتنفه من غرر، بخلاف عقد التأمين التجاري فالغالب عليه جانب المعاوضة وتبرمه شركات تجارية، والدافع إليه الربح والتكسب(١).

وأجيب : بأنه لا يُسَلَّم بأن الحكومات لا تجني أرباحاً من نظام التقاعد، كما لا يسلم أنه من باب التبرعات المحضة، والمصلحة المتحققة فيه متحققة في التأمين التجاري(٢).

ح - قياس عقد التأمين التجاري على عقد التأمين التعاوني، ووجه الشبه بينهما : أن التأمين التعاوني يرد عليه من المحاذير مثل ما يرد على التأمين التجاري، وقد أجاز التأمين التعاوني جمهور الفقهاء المعاصرين، فكذلك التأمين التجاري مثله، ولا فرق بينهما(٣).

ونوقش: بأن هذا القياس قياس مع الفارق ؛ لأن التأمين التعاوني من باب التبرعات، بخلاف التأمين التجاري فهو من باب المعاوضات، وباب التبرعات يغتفر فيه ما لا يغتفر في المعاوضات، ولأن التأمين التعاوني يقوم على مبدأ الإحسان بخلاف التأمين التجاري فإنه يقوم على مبدأ الربح والتجارة(٤).

وأجيب : بأن التأمين التعاوني ليس من باب التبرعات المحضة، بل

---

(١) ينظر: حكم الإسلام في التأمين ص٢١ - نظام التأمين، مولوي ص٤٨ - التأمين، الثنيان ص٢٠٣..

(٢) ينظر: عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٣٠٠.

(٣) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص١٧٦- الخطر والتأمين ص٥١ - عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٣٠١.

(٤) ينظر: الخطر والتأمين، رفيق المصري ص٥١ - ٥٦ - عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٣٠١.

عنصر المعاوضة موجود فيه كوجوده في التأمين التجاري، والتأمين التجاري أكفأ اقتصادياً من التأمين التعاوني، ويوفر قدراً من الأمان والطمأنينة للمشتركين فيه أعظم مما يحققه التأمين التعاوني[١].

القول الثاني: أن التأمين التجاري محرم، وبهذا صدر قرار المجمع الفقهي الدولي[٢]، ومجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة[٣]، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية[٤]، وبهذا قال جمهور الفقهاء والباحثين المعاصرين[٥].

وقد استدل أصحاب هذا القول فيما ذهبوا إليه بما يلي:

الدليل الأول: أن عقد التأمين يشتمل على القمار المحرم؛ لما ينطوي عليه من احتمال ومخاطرة، فإن المستأمن قد يدفع أقساط التأمين طيلة مدة العقد، ولا يحدث أي خطر فتذهب أمواله سدى، وقد يؤمن

---

(١) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص١٣٤- الخطر والتأمين ص٥١ - عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٣٠٢.

(٢) صدر بذلك قرار المجمع الفقهي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية في ١٦/٤/١٤٠٦هـ. ينظر: مجلة المجمع الفقهي الدولي، العدد (٢) (٢/ ٧٣١).

(٣) صدر بذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الأولى بتاريخ ١٠/٨/١٣٩٨هـ. ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص٣٥ - ٤١.

(٤) صدر بذلك قرار هيئة كبار العلماء ذي الرقم (٥٥) بتاريخ ٤/٤/١٣٩٧هـ. ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء (٤/ ٣٠٨).

(٥) ينظر: مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، ابن باز (١٩/ ٣١٢) - الشرح الممتع (١٠/ ٣٢٧) - فقه السنة، (٣/ ٣٧٣) - الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ١٠٩) - المعاملات المالية المعاصرة، شبير ص١٢٨ - المعاملات المالية المعاصرة، رواس ص١٦١ - فقه النوازل، الجيزاني (٣/ ٢٦٨) - حكم الإسلام في التأمين، علوان ص٣٩ - عقد التأمين، حسني ص٦٨ - نظام التأمين ص١٣٨ - التأمين، الثنيان ص٢٤٤ - عقد التأمين، العروان ص٥٢ - عقد التأمين، النجار ص١٢٠ - التأمين الصحي، عثمان ص١٠٦ - التأمين الصحي، مراد ص. ١٢١

في أول النهار، ويحصل الخطر في آخره، فتدفع الشركة أضعاف ما دفع من القسط بلا مقابل[١].

ونوقش : بأن عقد التأمين ليس من القمار المحرم شرعاً ؛ لأن القمار لعب ولهو، ويقوم على مجرد الحظ، والخطر أصل فيه، وفائدته تعود لطرف واحد، أما عقد التأمين فهو نظام تعاوني، مفيد للجميع، يقوم على بذل الجهد والعمل، ويعتمد على أسس علمية ومنطقية منضبطة، ويمنح المستأمن الطمأنينة والأمان، وتعود فائدته لطرفي العقد[٢].

وأجيب : بأن التعاقد في كل من القمار والتأمين يكون على واقعة غير محققة، وهذا هو العنصر الأساس في القمار، حيث يبدو عنصر المخاطرة الكبرى واضحاً في كل منهما، وهو مناط الحرمة[٣]

الدليل الثاني : أن عقد التأمين يشتمل على الغرر الفاحش، ، فالغرر في عقد التأمين موجود في محل العقد، وفي قسط التأمين، وفي مبلغ التأمين، فالمُؤَمِّن وقت إبرام العقد لا يدري هل يقع عليه الخطر أم لا ، ولا يعرف حجم الخطر الذي قد يقع عليه، ولا يعرف مقدار ما يأخذه، ولا مقدار ما يعطي، وكذلك الحال بالنسبة للمستأمن، فكل من العوضين مجهول بالنسبة لطرفي العقد عند إبرامه، والغرر الفاحش إذا دخل على

(١) ينظر: حكم الشريعة في عقود التأمين، حسان ص٨٢- نظام التأمين، مولوي ص١٢٥ - التأمين، الدسوقي ص١٣٩ - عقد التأمين، النجار ص٢٦٩ - التأمين، الثنيان ص٢٢٥ - القمار، الملحم ص٥١٩.

(٢) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٤٧ - عقد التأمين، النجار ص٢٧١ - ٢٧٢ - أحكام التأمين، الثنيان ص٢٢٦

(٣) ينظر: حكم الشريعة في عقود التأمين، حسان ص٨٥ - نظام التأمين، مولوي ص١٢٦ - عقد التأمين، النجار ص٢٧٢- ٢٧٥ - أحكام التأمين، الثنيان ص٢٢٦ - ٢٢٩.

العقود المالية فإنه يفسدها[١].

ونوقش هذا الدليل: بأن نهي النبي ﷺ عن الغرر يقصد به الغرر الفاحش المعتمد على الحظ، أما عقد التأمين فإنه من عقود الإحسان والتعاون التي يغتفر فيها الغرر، وهو غرر يسير لا يفضي إلى النزاع، حيث إن نتيجته محققة ؛ لأن نظامه يرتكز على أساس إحصائي ينفي عنصر الاحتمال، وهناك عدد من العقود أجازها الفقهاء مع اشتمالها على الغرر، كعقد الجعالة، وضمان السوق[٢]، ودخول الحمامات بأجر غير محدد مع الجهل بمدة البقاء، وكمية الماء المستعمل، فيكون عقد التأمين مثلها[٣].

وأجيب: بأن عقد التأمين عقد احتمالي، يقوم على الغرر في الحصول، والمقدار، والأجل، وهو عقد معاوضة يقوم على التكسب والربح، فلا يعتبر من عقود التبرعات، ولا يغتفر الغرر فيه[٤].

الدليل الثالث: أن عقد التأمين يشتمل على الربا بنوعيه: ربا الفضل، وربا النسيئة، ووجه اشتماله عليه: تفاوت ما يأخذه المؤمن مع ما يدفعه للمستأمن، فإن المؤمن إن دفع للمستأمن أكثر مما أخذ منه من

---

(١) ينظر: حكم الإسلام في التأمين، علوان ص٣٢ - نظام التأمين ص١٢١- عقد التأمين، حسني ص٥٨ - التأمين، الدسوقي ص١٣٩ - عقد التأمين، النجار ص٢٢٠ - أحكام التأمين، الثنيان ص٢٣٤ -٢٣٦.

(٢) ضمان السوق يقصد به: أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون، وما يقبضه من الأعيان المضمونة. ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٤٩) - الفروع (٦/ ٣٩٧) - المبدع (٤/ ٢٣٨) - كشاف القناع (٣/ ٣٦٧).

(٣) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص٥٠ -٥٢ - الخطر والتأمين، المصري ص٥٩ - عقد التأمين، النجار ص٢٢٩ - ٢٥٨ -التأمين وأحكامه، الثنيان ص٢٣٦ - عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٢٨٢ - ٢٨٧.

(٤) ينظر: عقد التأمين، النجار ص٢٢٩ - ٢٥٨ - التأمين وأحكامه، الثنيان ص٢٣٧ - ٢٤٠.

النقود فهو ربا فضل ونسيئة ؛ لأن مبلغ التأمين نقد يتأخر دفعه عن العوض المقابل له، وهو الأقساط، فاجتمعت الزيادة والتأخير، وإن دفع للمستأمن مثلما دفع أو أقل فهو ربا نسيئة، وكلاهما محرم[١].

ونوقش هذا الدليل من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن عقد التأمين ليس من ربا الفضل ولا النسيئة ؛ لأن أحد العوضين ليس نقداً، بل هو منفعة تحصل في تحمل المؤمن تبعة تحقق الخطر، والمنفعة ليست من الأصناف الربوية.

الوجه الثاني : أن الزيادة في الربا مضمونة، وأما في عقد التأمين فإن الزيادة غير مضمونة.

الوجه الثالث : أن التأمين يقوم على فكرة التعاون على جبر المصائب والأضرار الناشئة عن مفاجآت الأخطار، بخلاف الربا، فإنه يقوم على الظلم والجور وأكل المال بالباطل[٢].

الدليل الرابع : أن عقد التأمين التجاري فيه أكل لأموال الناس بالباطل، وقد حرم الله ذلك في كتابه بقوله تعالى : ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٩]، **فعقود التأمين تنطوي على أكل الأموال بدون حق** ؛ لأنها معاوضة لا تبرع فيها، وقد تضيع معظم الأقساط على المؤمن، وقد

(١) ينظر: حكم الشريعة في عقود التأمين، حسان ص٨٩ - ٩٠- حكم الإسلام في التأمين، علوان ص٣٦ - نظام التأمين، مولوي ص١٢٤ - ١٢٥ - عقد التأمين، حسني ص٦٥ -٦٧ - عقد التأمين، النجار ص٣٠٣-٣٠٦- أحكام التأمين، الثنيان ص٢١٧ - ٢١٨- عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٢٩٠- ٢٩٢.

(٢) ينظر: نظام التأمين، الزرقا ص١٣٩ - الخطر والتأمين، المصري ص٩٩ - عقد التأمين التجاري، آل الشيخ ص٢٩١ - ٢٩٢ - التأمين الصحي، مراد ص١٨٢ - ١٨٤.

يضيع مبلغ التأمين على المستأمن[١].

الموازنة والترجيح: يتبين لي من خلال عرض القولين السابقين وأدلتهما ما يلي:

أ - أن كثيراً من أدلة القولين تتسم بالقوة في مجملها، وأقوى أدلة المجوزين: قياس عقد التأمين على نظام العاقلة، وأقوى أدلة المانعين: وجود الغرر في التأمين التجاري، ولذا اقتصر المجمع الفقهي الدولي في قراره على اعتباره المؤثر الأقوى في الحكم بتحريم التأمين التجاري.

ب - يترجح لدي الأخذ بقول المجامع والهيئات الشرعية في تحريم التأمين التجاري؛ لما ينطوي عليه من الغرر المؤثر.

ج - التأمين الصحي التجاري يعتبر أخف أنواع التأمين غرراً، وأشدها حاجة، وأقربها إلى عقد الجعالة، ولذلك فالقول بجوازه له حظ من النظر.

د - القول بجواز التأمين التجاري، أو أي نوع منه لا يعني إقرار جميع الأساليب التعاملية والاقتصادية التي تلجأ إليها شركات التأمين.

ب - حكم التأمين الصحي التعاوني والاجتماعي:

ذهبت المجامع الفقهية، والهيئات الشرعية، وجمهور الفقهاء المعاصرين إلى جواز التأمين التعاوني[٢]، وذهبت بعض الهيئات

---

(١) ينظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي ص٣٥، قرار هيئة كبار العلماء (٣٠٨/٤) وما بعدها - التأمين وأحكامه، الثنيان ص٢٤٧ - عقد التأمين التجاري، العروان ص٤٩ - التأمين التعاوني، العجلان ص٧٩.

(٢) صدر بذلك قرار المجمع الفقهي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية في =

الشرعية، وجمهور الفقهاء المعاصرين إلى جواز التأمين الاجتماعي(١)(٢).

وقد استدلوا على الجواز بأدلة متعددة أبرزها ما يلي:

أولاً: الأدلة الدالة على تعاون المسلمين، وتكاتفهم، وتعاضدهم، ومنها ما يلي:

أ - قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ﴾ [المائدة: ٢].

ب - عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى)(٣).

= ١٦/٤/١٤٠٦ه، وصدر بذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الأولى بتاريخ ١٠/٨/١٣٩٨ه، وصدر بذلك قرار هيئة كبار العلماء ذي الرقم (٥٥) بتاريخ ٤/٤/١٣٩٧ه، وكذلك قرار المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر المنعقد بالقاهرة ١٣٨٥هـ، وقرار الهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، وقرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار في فتواها رقم (٤٠)، وقرار الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي في فتواه رقم (٦٩١)، وقرار المؤتمر الأول للاقتصاد الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة ١٣٩٦ه. ينظر: مجلة المجمع الفقهي الدولي، العدد(٢) (٢/ ٧٣١) - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي ص٤١ - أبحاث هيئة كبار العلماء (٤/٣٠٨) - عقد التأمين، حسني ص٧٣- نظام التأمين، مولوي ص١٣٥ - التأمين، الدسوقي ص١٠٧ - عقد التأمين، النجار ص١٥٣ - التأمين وأحكامه، الثنيان ص٢٧٥ - الخطر والتأمين ص٩٧ - التأمين التعاوني، العجلان ص١١٩ - التأمين الصحي التعاوني، فلمبان ص٨٢ - ٨٣ - التأمين الصحي، مراد ص٢٥١.

(١) صدر بذلك قرار المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر المنعقد بالقاهرة ١٣٨٥هـ ينظر: عقد التأمين، حسني ص٧٤ - نظام التأمين، مولوي ص١٣٤ - التأمين الاجتماعي، محمود، ص٣٣٥- عقد التأمين، النجار ص١٦٦ - التأمين الصحي، مراد ص٢٦٠- التأمين الصحي السعيدي ص٢٩١- ٢٩٣.

(٢) نقل بعض الباحثين أن بعض الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى تحريم أنواع التأمين كلها، لكن تبين لي أن هناك اضطراب في نقل أقوال المانعين، وأشخاصهم، وفي نوع التأمين الذي حرموه. ينظر: عقود التأمين، الحماد ص٩٥- ٩٦ - عقد التأمين، النجار ص١٦٧ - التأمين وأحكامه، الثنيان ص٢٦١ - ٢٦٤.

(٣) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم برقم (٦٠١١)، ومسلم، =

ج - عن أبي موسى رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (إن المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً)، وشبك أصابعه[١].

د - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: بينما نحن في سفر مع النبي ﷺ إذ جاء رجل على راحلة له، قال: فجعل يصرف بصره يميناً وشمالاً، فقال رسول الله ﷺ :(من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له)، قال: فذكر من أصناف المال ما ذكر، حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل[٢].

د - عن أبي موسى رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ : (إنَّ الأَشْعَرِيِّين[٣] إذا أَرْمَلُوا[٤] في الغزو، أو قل طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد، ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية، فهم مني وأنا منهم)[٥].

= كتاب البر والصلة، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم برقم (٢٥٨٦). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ١٠) - صحيح مسلم (٤/ ١٩٩٩).

(١) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب تعاون المؤمنين برقم (٦٠٢٦)، ومسلم، كتاب البر والصلة، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم برقم (٢٥٨٥). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ١٢) - صحيح مسلم (٤/ ١٩٩٩).

(٢) الحديث أخرجه مسلم في كتاب اللقطة، باب استحباب المواساة بفضول المال برقم (١٧٢٨) (٣/ ١٣٥٤).

(٣) الأَشْعَرِيُّون: نسبة إلى أشعر، قبيلة مشهورة من اليمن، والأشعر هو: نبت بن أدد بن زيد بن يشجب، قيل له الأشعر ؛ لأن أمه ولدته والشعر على بدنه. ينظر: الأنساب، السمعاني (١/ ١٦٦) - اللباب (١/ ٦٤).

(٤) أَرْمَلُوا: أي نفد زادهم، وفني طعامهم. ينظر: مطالع الأنوار (٣/ ١٥٣) - شرح النووي على مسلم (١٦/ ٦٢).

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام، والنهد، والعروض برقم (٢٤٨٦)، ومسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب فضائل الأشعريين برقم (٢٥٠٠). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٣٨) - صحيح مسلم (٤/ ١٩٤٤).

وجه الدلالة من الأدلة السابقة: في الأدلة السابقة أمر بالمعاونة على فعل الخيرات، ودفع الحاجات، وبيان لفضل الإيثار والمواساة، وقد اغتفر خلط الطعام مع اختلاف الحصص دون مراعاة للمساواة، إباحة وتبرعاً(١)، مما يدل على جواز تعاون المسلمين فيما بينهم على دفع الأخطار، أو تخفيف الأضرار عن طريق عقود التأمين التعاوني والاجتماعي(٢).

ثانياً: الأدلة الدالة على قيام الراعي بمسؤوليته تجاه رعيته، ومنها ما يلي:

أ - عن جابر ﷺ عن النبي ﷺ كان يقول: (أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، من ترك مالاً فلأهله، ومن ترك ديناً أو ضَيَاعاً(٣) فإليَّ، وعليَّ)(٤).

ب - عن عبد الله بن عمر ﷺ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (كلكم راع ومسئول عن رعيته، فالإمام راع وهو مسئول عن رعيته، والرجل

---

(١) ينظر: تفسير ابن كثير (٢/ ١٢) - شرح النووي على مسلم (١٢/ ٣٥) - (١٦/ ٦٢) - فتح الباري (٥/ ١٣٠)

(٢) ينظر: عقد التأمين، النجار ص١٥٧ - ١٦٠ - عقود التأمين، الحماد ص ٩٢ - ٩٤ - التأمين وأحكامه، الثنيان ص ٢٧٥ - التأمين التعاوني، العجلان ص ١٢٤ - ١٢٦ - التأمين الصحي، السعيدي ص٢٩٥ - التأمين الصحي، مراد ص٢٥٢ - ٢٥٤ - التأمين، الصحي، فلمبان ص٨٥.

(٣) الضِّيَاع: العيال، وأصله مصدر ضاع يضيع ضياعاً، فسمي العيال بالمصدر، والضيعة: كل ما يكون منه معاش الرجل من مال وصنعة. ينظر: مطالع الأنوار(٤/ ٣٥٩) - النهاية(٣/ ١٠٧) - شرح النووي (٦/ ١٥٥).

(٤) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً برقم (٢٣٩٩)، ومسلم، كتاب الجمعة، باب تخفيف الصلاة برقم (٨٦٧). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١١٨) - صحيح مسلم (٢/ ٥٩٢).

في أهله راع وهو مسئول عن رعيته، والمرأة في بيت زوجها راعية وهي مسئولة عن رعيتها، والخادم في مال سيده راع وهو مسئول عن رعيته)، قال: فسمعت هؤلاء من رسول الله ﷺ ، وأحسب النبي ﷺ قال: (والرجل في مال أبيه راع وهو مسئول عن رعيته، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته)(١).

وجه الدلالة : أن الأئمة يلزمهم معرفة أهل الحاجة، والقيام على شؤونهم، وقضاء ديونهم(٢)، مما يدل على أن الدولة يقع على عاتقها حماية أفراد المجتمع، وتأمين الحياة الكريمة، ومن ذلك توفير طرائق التأمين التعاوني والاجتماعي لهم(٣).

ثالثاً : أن عقود التأمين التعاوني والاجتماعي داخلة في عقود التبرعات، والتي تقوم على مبدأ التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، والتنازل عن بعض الحق للآخرين، فتغتفر فيها الجهالة والغرر، كما أن عقود التبرعات لا تفسد بالجهالة والغرر(٤).

---

(١) الحديث أخرجه البخاري، واللفظ له، كتاب الاستقراض، باب العبد راع في مال سيده برقم (٢٤٠٩)، ومسلم، كتاب الإمارة، باب فضيلة الأمير العادل وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، والنهي عن إدخال المشقة عليهم برقم (١٨٢٩). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٢٠) - صحيح مسلم (٣/ ١٤٥٩).

(٢) ينظر: إكمال المعلم (٣/ ٢٧٠) - شرح النووي على مسلم (٦/ ١٥٥) - فتح الباري (١٢/ ١٠).

(٣) ينظر: عقد التأمين، النجار ص١٦٨- ١٧١ - التأمين الصحي، مراد ص٢٦٢ - ٢٦٤.

(٤) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء المتضمن قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم (٥١) بتاريخ ٤/ ٤/ ١٣٩٧هـ(٤/ ٣٠٨)- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي المتضمن قرار المجمع في دورته الأولى بتاريخ ١٠/ ٨/ ١٣٩٨هـ ص٤١ – التأمين وأحكامه، الثنيان ص٢٨٠ – نظام التأمين، مولوي ص١٣٦ – عقد التأمين، النجار ص١٥٤ – التأمين الصحي، فلمبان ص٩٩ - التأمين الصحي، مراد ص٢٥٤.

الفرع الرابع : صور وأساليب التأمين الصحي :

التأمين الصحي له صورتان لا يخرج عنهما غالباً :

الصورة الأولى : الوسيلة المباشرة، ويقصد بها : أن يقوم الفرد أو المؤسسة التي ينتمي الفرد إليها بإبرام عقد التأمين مع المؤسسة العلاجية مباشرة[(١)].

ولهذه الصورة عدد من الأحوال أبرزها الحالات التالية :

الحالة الأولى : أن يتفق شخص مع مستشفى على أن يتعهد بمعالجته طيلة فترة معينة لقاء مبلغ معين، فالعقد هنا يكيف بأنه عقد إجارة أو جعالة، وهو عقد جائز بشرط أن يضبط العمل المتعاقد عليه بالصفة التي تحول دون الاختلاف، وذلك ببيان الإجراءات والزمن وما تشمله الخدمة من مستلزمات وعلاج[(٢)]

الحالة الثانية : تعاقد المؤسسات مع المستشفيات، ويقصد بذلك : إبرام عقد التأمين الصحي بين المؤسسة والمستشفى، والمستفيد منه هم العاملون في هذه المؤسسات، بحيث تلتزم المؤسسة بدفع قسط التأمين،

---

(١) ينظر: مدى جواز التأمين الصحي من الحوادث، نائل مساعدة ص١٨٠.

(٢) ذهب بعض الفقهاء والباحثين إلى أن العقد يكيف في هذه الحالة أنه عقد تبرع، لا جعالة ولا إجارة، وذهب آخرون إلى أنه إجارة، وقد يكون في بعض صوره عقد بيع كما في غذاء المريض ودوائه، ولكنه لا يجوز لما يشوبه من الغرر ؛ لأن مقدار التكلفة، ونوع الإجارة المعقود عليها، ونوع الغذاء، والدواء، وكمياتها مجهولة، والأقرب جوازه ؛ لأن الغرر يسير مغتفر، ولوجود الحاجة إليه المنزلة منزلة الضرورة، وبهذا صدر قرار المجمع الفقهي الدولي في قراره رقم (١٤٩). ينظر: قرار المجمع الفقهي الدولي رقم (١٤٩)(٧/١٦) الدورة (١٦) (٣/ ٥٤٠) - التأمين الصحي، المنياوي (٣/ ٣٢٤- ٣٢٩) - التأمين الصحي، الضرير (٣/ ٣٩٨) - التأمين الصحي، السعيدي ص٢٨٧ - ٢٨٨ - التأمين الصحي، الألفي ص٣٣ - ٣٤ - التأمين الصحي، مراد ص٢٨٢ - ٢٨٧.

ويلتزم المستشفى بتقديم الخدمات الطبية لمنسوبي المؤسسة وعلاج من يمرض منهم.

وهذه الحالة لها أحوال:

الحالة الأولى: أن تكون المؤسسة المتعاقدة تخضع للدولة، أو تنفذ التزاماً تفرضه عليها، فهذه الصورة جائزة، وهي من قبيل التأمين الاجتماعي المباح شرعاً.

الحالة الثانية: أن تكون المؤسسة المتعاقدة مؤسسة خاصة غير ملزمة بالتأمين طبقاً لنظام الدولة، والمستشفى غير ملزم بصرف الدواء، وهذه الصورة جائزة، ويسير الغرر فيها مغتفر.

الحالة الثالثة: أن يلتزم المستشفى بتقديم الدواء بجانب العلاج والعمليات الجراحية مقابل ما تدفعه المؤسسة، وهذه الصورة جائزة كذلك، ويسير الغرر فيها مغتفر، ولا يضر الجمع فيها بين البيع والجعالة، فإن هذا جائز عند كثير من الفقهاء(١).

الصورة الثانية: **الوسيلة غير المباشرة**، ويقصد بها: إبرام العقد مع شركة تأمين، تقوم بدور الوسيط بين المستأمن وبين المؤسسة العلاجية.

إذا كان التأمين الصحي تقوم به شركة تعاونية تقوم على مبدأ التعاون والتكافل، بحيث يتحد فيها المؤمن مع المؤمن له فهو جائز، وأما إن كان الذي يقوم به شركة تأمين تجارية فقد ذهبت المجامع الفقهية والهيئات الشرعية إلى تحريمه(٢).

---

(١) ينظر: التأمين الصحي، المناوي (٣/ ٣٣٠ - ٣٣٢) - التأمين الصحي، الألفي ص٣٤ - ٣٦ - التأمين الصحي، حسان باشا (٣/ ٣٥٤- ٣٥٥) - التأمين الصحي، عبدالستار أبو غدة (٣/ ٤٤٩- ٤٥٠) - التأمين الصحي، مراد ص٢٧٠ - ٢٧٩.

(٢) ينظر: قرار المجمع الفقهي الدولي رقم (١٤٩) (١٦/٧) مجلة المجمع الفقهي (٣/ ٥٣٩) =

الفرع الخامس : حكم أخذ العوض من شركات التأمين :

إذا كان التأمين تأميناً تعاونياً، أو اجتماعياً فلا إشكال في جواز أخذ الطبيب عوضه من شركات التأمين.

أما إن كان التأمين تأميناً تجارياً فإن حكم أخذ العوض يختلف باختلاف الشخص الذي يأخذه.

ولا يخلو ذلك من حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون آخذ العوض من شركات التأمين التجاري عالماً، قادراً على الاجتهاد، فيعمل باجتهاده، فإن كان يرى جواز التأمين التجاري جاز له أخذ العوض، وكان الكسب المترتب عليه حلالاً مباحاً، وإن كان يرى تحريمه حرم عليه أخذ العوض، وكان الكسب حراماً يجب عليه التحلل منه.

الحالة الثانية : أن يكون الذي يأخذ العوض من مؤسسات وشركات التأمين التجاري مقلداً[(١)]، أو يكون عامياً[(٢)] فهو على مذهب من قلده أو

= - التأمين الصحي، المنياوي (٣/ ٣٣٥) - التأمين الصحي، الألفي ص٣٧ - ٣٨ - التأمين الصحي، حسان باشا (٣/ ٣٥٥) - التأمين الصحي، عبدالستار أبو غدة (٣/ ٤٤٩- ٤٥٠) - التأمين الصحي، الخياط (٣/ ٤٣٩) - التأمين الصحي، مراد ص٢٧٩-٢٨٢ - التأمين الصحي، السعيدي٢٩٠ - ٢٩١.

(١) المقلد: هو الذي يأخذ بمذهب الغير من غير معرفة دليله. ينظر: التعريفات الفقهية، البركتي ص٦٠ - الضروري، ابن رشد ص٩٤ - قواطع الأدلة (٢/ ٣٤١) - الكوكب المنير (٣/ ٣٤) - إرشاد الفحول (٢/ ٢٣٩).

(٢) العامي: منسوب إلى العامة، الذين هم خلاف الخاصة ؛ لأن العامة لا تعرف العلم، إنما يعرفه الخاصة، فكل واحد عامي بالنسبة إلى ما لم يحصل علمه، وإن حصل علماً سواه، وقيل: العامي: من رضي من المعارف بالتقليدات، ومن لا يعرف طرق الأحكام الشرعية، ويميز صحيحها من فاسدها. ينظر: اللمع، الشيرازي ص٦٩ - المستصفى ص١٧٢ - معجم مقاليد العلوم ص١٩٩ - المطلع ص٤١٣.

اتبعه، فإن كان العقد صحيحاً في مذهب من قلده أو من استفتاه جاز له أخذ العوض وكان ما يأخذه حلالاً مباحاً، وإن كان العقد باطلاً في مذهب من قلده أو استفتاه حرم عليه الأخذ، وكان الكسب حراماً يجب عليه أن يتحلل منه(١).

والذي يظهر لي: أنه لا يصح للطبيب، ولا للمستشفيات الطبية أخذ العوض من شركات التأمين التجاري إلَّا عند الضرورة أو الحاجة المنزلة منزلتها ؛ لأن التأمين التجاري مشتمل على الغرر، فهو عقد فاسد لا يفيد الملك، والمال المكتسب عن طريقه مال حرام(٢)، والمتقرر عند الفقهاء أن المال ذاته لا يوصف بالحرمة، إنما الذي يوصف بالحرمة ذمة الشخص وعهدته ، وأن الوسائل المحرمة لا تكون مصدراً للكسب، وأن من غصب مالاً أو سرقة أو أخذه بطريق محرم كالربا، والقمار، والتغرير فلا يجوز لغيره ممن علم بذلك أن يعامله في عين ذلك المال، فإن من تعين تحريم ماله فمعاملته حرام، والعقود معه على أعيان ما بيده من هذه الأموال باطلة(٣).

---

(١) ينظر: المال الحرام: تملكه وإنفاقه، والتحلل منه، عبدالعزيز الخطيب ص١٨٤ - ١٨٥.

(٢) المال الحرام يقصد به: "كل مال حرم الشرع دخوله في ملك المسلم ؛ لمانع "، وقيل: " ما كان مكتسباً من الأعيان والمنافع بطريق غير مشروع". أحكام المال الحرام، عباس الباز ص٣٩ - المال الحرام، الخطيب ص١٧٧.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤) - الاختيار (٤/ ١٧٦) - الفتاوى الهندية (٥/ ٣٤٢) - الكافي، ابن عبدالبر (١/ ٤٤٥) - المقدمات الممهدات (٢/ ٦٢) - حاشية الدسوقي (٣/ ٢٧٧) - الحاوي (٥/ ٣١١)- روضة الطالبين (٣/ ٤٠٨/ ٤١٠) - تكملة المجموع (١٣/ ١٧٨) - المغني (٤/ ٢٠١) - الفروع (٧/ ٨١) - الإنصاف (٥/ ٤٠٧) - أحكام المال الحرام، الباز ص٢٢٩ - ٢٣٨ - المال الحرام، الخطيب ص٢٠٦.

المطلب العاشر
أحكام الأجرة في العقد الطبي

أفردت هذا المطلب ؛ لأن الغالب في تكييف العقد الطبي أنه من عقود الإجارة، لذا جعلت له مطلباً مستقلاً أتناول فيه تعريف الأجرة، وأنواعها، وما يلحق بها، وذكرت مسألتين لهما اتصال بالعمل الطبي هما أخذ الأجرة على الرقية، وعلى الحجامة.

الفرع الأول : تعريف الأجرة :

الأجرة في اللغة : من الأجر، وهو الجزاء على العمل، وما يعطى من أجر في عمل[(١)].

وفي الاصطلاح : " العوض المسمى في عقد الإجارة "[(٢)].

الفرع الثاني : أنواع الأجرة :

تنقسم الأجرة من حيث حقيقتها إلى ثلاثة أقسام[(٣)] :

القسم الأول : الأجرة النقدية، ويقصد بها : ما كان مقابل المنفعة فيها نقداً من النقود التي يتعامل بها الناس، ويشترط في الأجرة النقدية : أن تكون معلومة، وأن تكون متداولة بين الناس.

---

(١) ينظر: المحكم (٧/ ٤٨٤) - لسان العرب (٤/ ١٠) - تاج العروس (١٠/ ٢٧).

(٢) المطلع ص٦٥.وينظر: درر الحكام شرح المجلة (١/ ٣٧٢) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢) - الحاوي (٧/ ٣٩٢).

(٣) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص١٧٦ - ١٨١ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص٩٤ - الأجرة في الفقه الإسلامي، التاج إبراهيم دفع الله ص١٨ - ١٩.

القسم الثاني : الأجرة العينية، ويقصد بها : ما قابل النقد والمنفعة، ويشترط فيها : أن تكون معلومة، ومعينة برؤية، أو صفة مضبوطة تنفي الجهالة والغرر(١).

القسم الثالث : الأجرة بالمنفعة، ويقصد بها : ما كان مقابل المنفعة فيها منفعة أخرى، سواءً كان الجنس واحداً، كسكنى دار بسكنى دار، أو مختلفاً كسكنى دار بركوب دابة(٢).

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة كون الأجرة نقداً، أو عيناً، أو منفعة(٣).

وتقسم الأجرة إلى معجلة، ومؤجلة، ومقسطة، ومطلقة، وقد تقدم تفصيل ذلك عند الحديث عن أقسام العوض في العقد الطبي.

الفرع الثالث: ما يلحق بالأجرة

يلحق بالأجرة عدد من الأمور أبرزها ما يلي :

أولاً : الأجر الإضافي، ويقصد به هنا : ما يأخذه الطبيب إضافة إلى أجرته المتفق عليها، مقابل ما يعمله من عمل زائد غير متفق عليه، أو خارج الوقت المحدد لعمله(٤).

---

(١) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص١٧٦ - ١٨١ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص٩٤

(٢) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٩٤.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٣) - تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٣) - التلقين (٢/ ٤٠٢) - التاج والإكليل (٧/ ٤٩٤) - حاشية الدسوقي (٤/ ٣) - الحاوي (٧/ ٣٩٢) - روضة الطالبين (٢/ ٤٠٤) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٤) - المغني (٥/ ٣٢٧) - المبدع (٤/ ٤١١) - كشاف القناع (٣/ ٥٥١).

(٤) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص١٧١ - أحكام أجر العامل، الضالع ص٧٦.

وعمل الطبيب عند المنشأة الصحية أو لدى شخص معين عملاً زائداً عن المتفق عليه فله حالتان الحالة الأولى : أن يكون العمل الزائد بتكليف من الجهة التي يعمل الطبيب عندها، ويرضى به فإنه يصبح لازماً عليه، ويستحق أجراً إضافياً عنه، ويعتبر جزءاً من أجرته، وإن لم يرض فله أجر المثل.

الحالة الثانية : أن يعمل الطبيب العمل الزائد عن المتفق عليه بلا تكليف من صاحب العمل، فإن كان العمل الذي قام به الطبيب ضرورياً ولازماً لمصلحة المريض وتعذر عليه أخذ إذنه استحق أجر المثل، ولا يستحق شيئاً إن كان العمل الذي قام به غير ضروري، أو كان ضرورياً ولم يأخذ إذن المريض(١).

وهذا مبني على ما ذكره الفقهاء في التفريق بين الضرورة وغيرها، وبين وجود الإذن وعدمه(٢).

ثانياً : الإكرامية، ويقصد بها هنا : ما يعطى الطبيب نظير بذله في العمل جهداً زائداً عمَّا يقضي به العقد، أو التزامه الدقة التامة، والإتقان الكامل(٣).

وسماها بعض فقهاء الحنفية بالحلوة المرسومة، وعرفوها بأنها : ما يهدى للمعلم على رؤوس بعض سور القرآن، وسميت بذلك لأن العادة فيها إهداء الحلوى(٤).

---

(١) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص١٧١ - ١٧٣ - أحكام أجر العامل ص٧٧.

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٤١٥).

(٣) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص١٧٤.

(٤) ينظر: المحيط البرهاني (٧/ ٤٨٠) - لسان الحكام ص٣٦٦- حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٦).

ثالثاً : العمولة، ويقصد بها هنا : عوض يأخذه الطبيب على عمل طبي، يقدر بنسبة مما ينتج عن ذلك العمل الطبي(١)، والعمولة دائرة بين الجعالة والمضاربة، فإذا كانت معلقة على عمل ليس تمامه داخلاً تحت قدرة الطبيب كالبيع والشراء فهو من الجعالة، وإن كانت على عمل يقصد من ورائه الربح، وجعل حظ الطبيب نسبة من الربح حال حصوله فهي من قبيل المضاربة(٢).

الفرع الرابع: حكم أخذ الأجرة على الرقية

الرقية في اللغة : العوذة التي يتعوذ بها، يقال : رقى الرقي رقية ورقياً : إذا عوذ، ونفث في عوذته، وصاحبها رقاء(٣).

وفي الاصطلاح : عرفت بعدد من التعريفات أبرزها ما يلي :

التعريف الأول : " كلام يستشفى به من كل عارض "(٤).

التعريف الثاني : قراءة شيء على المصاب بمرض، أو سحر، ونحوه، وعلى من يخشى وقوع شر عليه ؛ لحصول البرء والشفاء، أو لدفع الضرر المتوقع(٥).

التعريف الثالث : " ما يُعَوَّذ به الشخص من الآيات القرآنية، أو الأذكار المأثورة، أو الأدعية المشروعة ؛ لرفع البلاء، أو دفعه "(٦).

والتعريف الثالث أقرب التعريفات، وأوضحها، وأشملها.

---

(١) ينظر : أحكام الجمع بين الأجرة والعمولة، عبدالله السيف ص١١٠.

(٢) ينظر : المصدر السابق ص١١٢.

(٣) ينظر : مقاييس اللغة (٢/ ٣٥١) - المحكم (٦/ ٥٠٠) - لسان العرب (١٤/ ٣٣١).

(٤) فتح الباري (٤/ ٤٥٣) - نيل الأوطار (٥/ ٣٤٦) - عون المعبود (٩/ ٢٠٦).

(٥) ينظر : منة المنعم، صفي الرحمن المباركفوري (٣/ ٤٤٧).

(٦) النوازل في الرقية الشرعية، ميثاء الشمري ص ٣٦.

حكم أخذ الأجرة على الرقية :

اتفق الفقهاء على جواز أخذ الأجرة على الرقية[(١)].

قال السيوطي رحمه الله : " جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن لا نزاع فيه "[(٢)].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال: (أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله)[(٣)].

الدليل الثاني : عن خارجة بن الصلت عن عمه أنه مر بقوم فأتوه، فقالوا : إنك جئت من عند هذا الرجل بخير، فارق لنا هذا الرجل، فأتوه برجل معتوه في القيود، فرقاه بأم القرآن ثلاثة أيام غدوة وعشية، وكلما ختمها جمع بزاقه، ثم تفل فكأنما أنشط من عقال، فأعطوه شيئا، فأتى النبي ﷺ فذكره له فقال النبي ﷺ : (كل فلعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق)[(٤)].

---

(١) ينظر: شرح معاني الآثار، الطحاوي (٤/ ١٢٦) – عمدة القاري (٢١/ ٢٦٤) - البحر الرائق (٨/ ٢٣٧) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٧) - شرح ابن بطال (٩/ ٤٢٩) – البيان والتحصيل (٨/ ٤٥٢) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٠) – الشرح الكبير (٤/ ٦٤)- معالم السنن، الخطابي (٣/ ١٠١) - شرح النووي على مسلم (١٤/ ١٨٨) - شرح المشكاة، الطيبي (٧/ ٢٢١١) - فتح الباري (٤/ ٤٥٣) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٠) - تحفة المحتاج (٦/ ١٥٧) - المغني (٥/ ٤١٢) - مجموع الفتاوى (٢٠/ ٢٧٥-٢٧٦) – المبدع (٤/ ٤٣١) - الإنصاف (٦/ ٤٧) - شرح المنتهى، البهوتي (٢/ ٢٥٨) - كشاف القناع (٤/ ١٢) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٩) - المحلى (٧/ ١٨) - سبل السلام (٢/ ١١٧) - نيل الأوطار (٥/ ٣٤٦) - تحفة الأحوذي (٦/ ١٩١).

(٢) شرح سنن ابن ماجة، السيوطي ص١٥٦.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٥٤٥.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٦.

وجه الدلالة من الحديثين : جواز الاستئجار على الرقى، ذلك أن القراءة والنفث فعل من الأفعال المباحة، وقد أبيح أخذ الأجرة عليها[(١)].

الدليل الثالث : أن الرقية نوع مداواة، والمأخوذ عليها جُعل، والمداواة يباح أخذ الأجرة عليها[(٢)].

الدليل الرابع : أن الرقية ليست بقربة محضة فجاز أخذ الأجرة عليها[(٣)].

الفرع الرابع: حكم أخذ الأجرة على الحجامة

الحجامة في اللغة : اسم الصناعة، يقال : حجمه الحاجم حجماً، والمحجمة : ما تحجم به، واحتجم : طلب الحجامة، والمِحجم بالكسر : الآلة التي يجمع فيها دم الحجامة عند المص[(٤)].

وفي الاصطلاح : مص الدم أو القيح من الجرح، ونحوه بالفم، أو بآلة كالكأس ونحوه[(٥)].

اختلف الفقهاء في حكم أخذ الأجرة على الحجامة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : عدم جواز أخذ الأجرة على الحجامة، وهو قول عثمان بن عفان، وأبي هريرة رضي الله عنهما[(٦)]، وهو مذهب الظاهرية[(٧)].

---

(١) ينظر: معالم السنن (٣ / ١٠١) - شرح معاني الآثار (٤ / ١٢٦).
(٢) ينظر: المغني (٥/ ٤١٢) - المبدع (٤/ ٤٣١).
(٣) ينظر: البناية (١٠/ ٢٨١).
(٤) ينظر: المحكم (٣/ ٩٥) - لسان العرب (١٢/ ١١٦) - تاج العروس (٣١/ ٤٤٥)
(٥) ينظر: عون المعبود (٦/ ٣٦٨) - معجم لغة الفقهاء ص١٥٣.
(٦) ينظر: المحلى (٧/ ١٧).
(٧) المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : ما جاء في حديث رافع بن خديج ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : (كسب الحجام خبيث)[١].

الدليل الثاني : عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ نهى عن كسب الحجام[٢].

وجه الدلالة : أن الأحاديث تدل على عدم جواز أخذ الأجرة على الحجامة،فقد جاءت بصيغة النهي، والأصل في النهي التحريم، ووصف كسب الحجام بالخبث ظاهر في الدلالة على حرمته[٣].

ونوقش هذا الاستدلال من الوجهين التالية :

الوجه الأول: أن " تسميته كسباً خبيثاً لا يلزم منه التحريم، فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما "[٤].

الوجه الثاني : ما ورد من النهي عن كسب الحجام فهو محمول على الكراهة ؛ لدناءة الفعل بدليل أن رسول الله ﷺ سئل عن كسب الحجام فقال : (أعلفه ناضحك)[٥]، وغير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم

---

(١) الحديث أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن برقم (١٥٦٨) (٣/ ١١٩٩).

(٢) الحديث أحمد في مسنده برقم (٧٩٧٦)، والبزار برقم (٩٢٨٦)، والطبراني في الكبير برقم (٢٨٧)، وصحح الألباني إسناده في السلسلة. ينظر: مسند أحمد (١٣/ ٣٥٥) - مسند البزار (١٦/ ١٧٥) - المعجم الكبير (٢٢/ ١١٣) - السلسلة الصحيحة (٧/ ٨١٢).

(٣) ينظر: نيل الأوطار (٥/ ٣٤٠).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٩).

(٥) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم(١٤٢٩٠)، وبنحوه أبو داود في سننه،كتاب الإجارة، باب في كسب الحجام برقم(٣٤٢١)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ماجاء في كسب الحجام برقم (١٢٧٧)، وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب كسب الحجام =

أكله، فإن الرقيق آدميون، يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى، كما يحرم على الأحرار[١].

القول الثاني : أن أخذ الأجرة على الحجامة مكروه، وهذا مذهب الحنابلة[٢].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : الأحاديث السابقة في النهي عن الحجامة، ووصف كسب الحجام بأنه خبيث، وأمر النبي ﷺ بجعل الكسب الحاصل من الحجامة علفاً للدواب، وحملوا النهي فيها على الكراهة؛ لأن النبي ﷺ أمر بأن يجعل الكسب طعاماً للرقيق، وغير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله[٣].

ثانياً : أن في التكسب بحرفة الحجامة دناءة ينزه الحر عنها، كالتكسب بحرفة الكنس[٤].

ويمكن أن يناقش: بأنه قد ثبت أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره[٥]، والنبي ﷺ لا يفعل إلَّا ما هو جائز ومشروع.

القول الثالث : أن أخذ الأجرة على الحجامة جائز دون كراهة،

= برقم(٢١٦٦)،والبيهقي في الكبرى برقم (١٩٩٩٠)، وقال الترمذي: حسن صحيح، وصححه البوصيري وابن الملقن والألباني. ينظر: مسند أحمد(٢٢ / ١٩٥) – سنن أبي داود(٥/ ٢٩٧) – سنن الترمذي(٢/ ٥٦٦) – سنن ابن ماجه(٣/ ٢٩٤) – السنن الكبرى البيهقي(٩ / ٣٣٧) - البدر المنير(٩/ ٤٠٣) – إتحاف الخيرة (٤ / ٤٣٧) – السلسلة الصحيحة (٧ / ١٧٢٧).

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٩).

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٩)- المبدع (٤/ ٤٣١) - الإنصاف (٦/ ٤٨) - كشاف القناع (٣/ ٥٥٩).

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٩).

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٩) - المبدع (٤/ ٤٣١).

(٥) الحديث سبق تخريجه ص١٥٣.

وهذا قول جمع من السلف[(١)]، وهو مذهب الحنفية[(٢)]، والمالكية[(٣)]، والشافعية مع كراهته للحر[(٤)].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره)[(٥)].

الدليل الثاني: عن أنس رضي الله عنه قال: (حجم أبو طيبة النبي ﷺ ، فأمر له بصاع أو صاعين من طعام)[(٦)].

وجه الدلالة من الحديثين : أن رسول الله ﷺ أعطى الحجام أجره، مقابل المنفعة التي أداها، مما يدل على جواز الاستئجار على الحجامة، وإعطاء الأجرة عليها[(٧)].

الدليل الثالث : أنه لم يزل الناس يتكسبون بالحجامة في عصر رسول الله ﷺ ، وخلفائه إلى وقتنا هذا في سائر الأمصار، فدل على انعقاد الإجماع به، وارتفاع الخلاف فيه[(٨)].

الدليل الرابع : قياس جواز أخذ الأجرة على الحجامة على جواز

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٩).

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٣٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١٢٤) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٢).

(٣) ينظر: الإشراف (٢/ ٩٢٢) - الكافي(١/ ٤٤٥) - البيان والتحصيل(٨/ ٤٤٦)- مواهب الجليل(٥/ ٣٩١).

(٤) ينظر: الأم (٧/ ١٨٥) - المهذب (١/ ٤٥٧) - روضة الطالبين (٣/ ٢٨٠) - أسنى المطالب(١/ ٥٦٩).

(٥) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٤.

(٦) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٤.

(٧) ينظر: المنتقى(٧/ ٢٩٨) - إكمال المعلم (٥/ ٢٤٨) - شرح النووي على مسلم(١٠/ ٢٤٢) - فتح الباري (٤/ ٤٥٩) - تحفة الأحوذي (٤/ ٤١٦).

(٨) ينظر: تبيين الحقاق (٥/ ١٢٤) - الحاوي، الماوردي(١٥/ ١٥٤).

أخذها على الختان، والفصد، والخياطة، والبناء بجامع كون كل منهما منفعة مباحة[١].

الدليل الخامس : أخذ الأجرة "الحاجة إليه داعية، والضرورة إليه ماسة؛ لأنه لا يقدر الإنسان على حجامة نفسه إذا احتاج، وما كان بهذه المنزلة لم يمنع منه الشرع ؛ لما فيه من إدخال الضرر على الخلق، وقد قال رسول الله - ﷺ -: (لا ضرر ولا ضرار)[٢][٣].

الترجيح : الراجح القول الثالث المتضمن جواز أخذ الأجرة على الحجامة، ويؤيد ذلك ما يلي :

أولاً : قوة أدلة هذا القول، وسلامتها، وصحتها.

ثانياً : أن هذا القول يتفق مع الواقع العملي الذي تقتضيه حاجة الناس، فالحجامة هي إحدى عمليات التطبب، والحاجة تدعو لوجود أجرة لمن يقوم بها ؛ حتى لا يتركها الناس.

ثالثاً : أنه توفر في هذا الزمن من الوسائل الحديثة التي يستعاض بها عن مص الدم ما ينفي علة الكراهة عند القائلين بها[٤].

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٩).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٥٦٥.

(٣) الحاوي، الماوردي (١٥/ ١٥٤). وينظر: المغني (٥/ ٣٩٩).

(٤) ينظر: أحكام عقد العلاج، حلية ص٤٢٥.

"مطلوب الشرع إنما هو مصالح العباد في دينهم ودنياهم".

قواعد الأحكام، العز بن عبدالسلام (٣٧/١).

"كل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً".

المسالك، ابن العربي (١٤٤/٦).

الفصل الثالث

التزامات العاقدين
في العقد الطبي وحقوقهما

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التزامات العاقدين في عقد العلاج الطبي.

المبحث الثاني : حقوق العاقدين في العقد الطبي.

"لا خلاف بين أهل العلم متأخريهم ومتقدميهم في وجوب رد مهجة المسلم عند خوف الذهاب والتلف بالشيء اليسير، الذي لا مضرة فيه على صاحبه، وفيه البلغة".

قواعد ابن رجب ص٤٥٣.

المبحث الأول

التزامات العاقدين في العقد الطبي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التزامات الطبيب في العقد الطبي.

المطلب الثاني : التزامات المريض في العقد الطبي.

المطلب الأول

التزامات الطبيب في العقد الطبي

وفيه ستة فروع :

الفرع الأول : القيام بالعمل الطبي.

الفرع الثاني : أداء العمل الطبي حسب المتفق عليه.

الفرع الثالث : القيام ببذل العناية الطبية الواجبة.

الفرع الرابع : الالتزام بتبصير المريض بالعمل الطبي.

الفرع الخامس : الالتزام بالمحافظة على أسرار العمل الطبي

الفرع السادس : الالتزام بالأخلاق والآداب العامة.

الفرع الأول
القيام بالعمل الطبي

من الالتزامات المترتبة على العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض أن يقوم الطبيب بالعمل الطبي، ولكن هل يجب عليه أن يباشره بنفسه، ولا ينيب غيره، أم يجوز له إنابة غيره؟

بالنظر إلى ذلك يتبين ما يلي :

أولاً : يجب على الطبيب أن يقوم شخصياً بالعمل الطبي، وأن يباشره بنفسه، وذلك في عدد من الحالات، أهمها ما يلي :

الحالة الأولى : إذا وقع عقد الإجارة على العين، كما في الأجير الخاص ؛ لأن المعقود عليه في هذه الحالة هو عمل الأجير بنفسه، فلزمه إيفاؤه على الوجه المطلوب، وقياساً على من اشترى مُعَيَّناً لم يجز للبائع إبداله، فإذا كان المريض قد استأجر طبيباً خاصاً يقوم بمعالجته وجب على الطبيب أن يقوم بالعمل الطبي بنفسه ولا يستنيب غيره؛ لأن الإجارة وقعت على عينه، وأن المريض قصده، ورضي أمانته وكفايته(١).

الحالة الثانية : إذا اشترط المريض على الطبيب أن يقوم بالعمل الطبي بنفسه، بأن يقول المريض له : داوني بنفسك، سواءً كان الطبيب

---

(١) ينظر : الهداية (٣/ ٢٣٣) - تبيين الحقائق (٥/ ١١١) - حاشية ابن عابدين (٦/ ١٨) - المدونة (٣/ ٤٤٨) - الذخيرة (٥/ ٣٨٢) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٠) - نهاية المطلب (٨/ ١٥٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٨) - المبدع (٤/ ٤٤٥) - الإنصاف (٦/ ٧٢) - كشاف القناع (٤/ ٣١).

أجيراً خاصاً أم مشتركاً ؛ لأن في عمله بنفسه وفاءً بموجب العقد المشروط بشرط صحيح[١]، فكان لازماً عليه، وقد قال ﷺ : (المسلمون على شروطهم)[٢].

الحالة الثالثة : إذا جرى العرف، أو دلت القرائن على أن المريض قصد طبيباً معيناً؛ ليقوم شخصياً بعلاجه، كأن يشتهر الطبيب بحذقه، ومهارته، وحسن مداواته[٣]، وذلك لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ويستوي في ذلك أن يكون الطبيب أجيراً خاصاً أو مشتركاً[٤].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١١٢) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٦) - نهاية المطلب (٨/ ١٥٧) - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص٤٥ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٢٢- ٣٢٣

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١١٢) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٦) - نهاية المطلب (٨/ ١٥٧) - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص٤٥ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٢٢- ٣٢٣.

(٤) هناك حالة رابعة هي محل خلاف بين الفقهاء، وهي: إذا قام الطبيب بإنابة طبيب أفضل منه، ويفهم ذلك من النصوص الفقهية التالية: قال في العناية: " إذا خالفه - يعني: الأجير- إلى خير منه، بأن استعمل من هو أصنع منه، أو سلَّم دابة أقوى من ذلك ينبغي أن يجوز"، وتعقبه العيني في البناية فقال: "غرضه تعلق لمعنى علمه عنده، فلا ينبغي أن يتعدى إلى غيره، وإن كان الغير خيراً منه" وجاء في تحفة المحتاج وغيرها "الاستنابة في الوظائف التي تقبل النيابة جائزة، إذا كان النائب مثل المستنيب أو أعلى ". ويظهر وجاهة قول العيني، وعليه فإن المريض إذا تعاقد مع طبيب بعينه، أو شرط عليه ألَّا يقوم غيره بعلاجه، أو جرى العرف بأنه اختاره لمعنى عنده فلا يصح أن ينيب الطبيب غيره، ولو كان أفضل منه. ينظر: العناية (٩/ ٧٨) - البناية (١٠/ ٢٤٤) - حاشية ابن عابدين (٦/ ١٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤١) - تحفة المحتاج (٦/ ٣٧٣) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٣).

وذكر بعض فقهاء الحنابلة حالة خامسة لا تجوز فيها الاستنابة، وهي إذا كان العمل متفاوتاً، كما في عمل النساخ، ويمكن أن يُخَرَّج عمل الطبيب على ذلك ؛ لتفاوت الأطباء في علمهم، وتجاربهم، ومهارتهم، لكن بالنظر والتأمل يتضح أن العمل الذي يحصل به التفاوت بين الأجراء يشتهر غالباً بعض من يقوم به بالحذق، والمهارة، فيقصده الناس لأجل ذلك، ولا يرضون غيره، فتكون هذه الحالة عائدة إلى الحالة الثالثة، وتغني تلك عنها. ينظر: قواعد ابن رجب ص١٢٧ - المبدع (٤/ ٤٣٠) - الإنصاف (٦/ ٦٦) - شرح المنتهى (٢/ ٢٦٨).

ثانياً : يجوز للطبيب ترك مباشرة العمل الطبي بنفسه، واستنابة غيره، وذلك في الحالات التالية :

الحالة الأولى : إذا لم يقع عقد الإجارة على عين الأجير، بل وقع على عمل في ذمته، وأُطْلق دون شرط، أو عرف، كما في الأجير المشترك ؛ لأن المستحق في العقد تحصيل العمل دون النظر إلى عامله، فإذا حَصَّله الأجير بنفسه، أو بغيره جاز، ولأن العمل واقع في ذمة الأجير، فيجوز أن يؤديه بنفسه، أو بغيره، قياساً على الدين في الذمة، يجوز للدائن استيفاؤه بنفسه، وبغيره(١).

الحالة الثانية : ما كان يسيراً، وجرى العرف بالمسامحة فيه، وذلك مثل أن يقوم الطبيب المتعاقد معه بإنابة غيره من الأطباء أو الممرضين في أخذ العلامات الحيوية للمريض، كدرجة حرارته، ونحوها ؛ لأن اليسير معفو عنه في كثير من الأحكام، وتجري المسامحة فيه، ويُرْجع في معرفة اليسير من العمل الطبي وغيره إلى العرف، فما عد يسيراً عرفاً فهو كذلك(٢).

---

(١) ينظر : الهداية (٣/ ٢٣٣) - تبيين الحقائق (٥/ ١١١) - حاشية ابن عابدين (٦/ ١٨) - المدونة (٣/ ٤٤٨) - الذخيرة (٥/ ٣٨٢) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٠) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٤) - كفاية النبيه (١١/ ٢٨٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٨) - المغني (٥/ ٣٤٢) - المبدع (٤/ ٤٤٥) - الإنصاف (٦/ ٧٢) - كشاف القناع (٤/ ٣١).

(٢) عبر الفقهاء عن قاعدة اليسير بألفاظ منها : اليسير مغتفر، واليسير معفو عنه، واليسير تجري المسامحة فيه، واليسير الذي لا ينضبط لا يلتفت إليه، وذكروا أنه يغتفر في مواضع كثيرة في الحركة في الصلاة، وفي العقود، وفي الغرر وغيرها. ينظر : أحكام القرآن، الجصاص (٣/ ٢٤٦) - شرح فتح القدير (٧/ ٧٦) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٢١٥) - شرح التلقين (٣/ ٥٢٤) - مناهج التحصيل (٧/ ٣٦٠) - المعيار المعرب (٥/ ١٣٧) - الحاوي (٢/ ١٨٨) - تحفة المحتاج (٢/ ٣٩٥) - المغني (٤/ ٨١)- المبدع (٤/ ١٦٦) - الإنصاف (١/ ٤٥٧).

الفرع الثاني

أداء العمل الطبي حسب المتفق عليه

طرفا العقد في العقد الطبي هما : الطبيب والمريض، سواءً كانا شخصين طبيعيين، أو اعتباريين، أو أحدهما طبيعي والآخر اعتباري، والواجب على طرفي العقد تحديد العمل الطبي تحديداً دقيقاً، وبيانه بياناً كافياً، ويكون ذلك عن طريق : الاتفاق، أو الاشتراط، أو العمل بما جرت به العادة والعرف.

ويدل على أداء العمل الطبي حسب المتفق عليه ما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١].

الدليل الثاني : ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال : (المسلمون على شروطهم)[١].

وجه الدلالة : أن الله أمر بالوفاء بالعقود والشروط، والوقوف عندها، ويشمل ذلك كل ميثاق واثقه الإنسان، وكل عقد عاقده، وكل عهد عاهده، وكل شرط التزمه[٢]، ويدخل في ذلك العقد الطبي.

الدليل الثالث : أن العمل يتفاوت، وتختلف أغراضه ومقاصده،

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

(٢) ينظر: جامع البيان (١٧/ ٢٨١)- قاعدة العقود، ابن تيمية (١/ ٣٤٩) - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥).

فوجب بيانه وتحديده، قطعاً للنزاع، وسداً لباب الاختلاف[١].

الدليل الرابع : أن العمل بما جرت به العادة والعرف ينزل منزلة الاتفاق ؛ لأن الأصل أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى المتعارف، وأن المطلق ينصرف إلى المعتاد والمتعارف فيما لم يشترط[٢].

وهناك عدد من الحالات يجب على الطبيب، أو يجوز له ترك الالتزام بالعمل الطبي المتفق عليه، ومنها :

الحالة الأولى : إذا كان العمل الطبي محرماً، فالتعاقد عليه محرم، ويجب على الطبيب ترك الالتزام به، ولو كان قد جرى بينهما اتفاق مسبق، وذلك للأدلة التالية :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النِّسَاء: ٢٩].

وجه الدلالة : أن الله نهى المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بالباطل، والباطل : اسم لكل ما لا يحل في الشرع، ووجوهه كثيرة، ويدخل فيه ما جاء الشرع بتحريمه[٣]، ومن ذلك التعاقد على عمل طبي محرم.

الدليل الثاني : الأحاديث التي ورد فيها النهي عن التداوي بالمحرمات، ومنها ما يلي :

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٠) - الهداية (٣/ ٢٣٠) - المنتقى (٥/ ١١٧) - مواهب الجليل (٥/ ٤١٠) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٧) - المغني (٥/ ٣٢٥) - شرح المنتهى (٢/ ٢٥٥).

(٢) ينظر: المبسوط (١٦/ ١٠٤) - الاختيار (٢/ ٥٨) - حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/ ١١٢).

(٣) ينظر: تفسير الطبري (٨/ ٢١٦) - الجامع لأحكام القرآن (٥/ ١٥٠) - الوجيز، الواحدي ص٢٦١.

أ - عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواءً، فتداووا، ولا تداووا بحرام)(١).

ب - عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: اشتكت ابنة لي، فنبذت لها في كوز لها، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يغلي، فقال: (ما هذا؟)، فقلت: إن ابنتي اشتكت فنبذت لها هذا، فقال: (إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم)(٢).

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التداوي بالمحرمات، والنهي محمول على عمومه إلا ما استثني للضرورة، وبين صلى الله عليه وسلم أن المحرمات لا شفاء فيها، وأن الاستشفاء بها لا ينفي صفة التحريم عنها(٣)، ويدخل في ذلك التعاقد بين الطبيب والمريض على عمل طبي محرم.

الدليل الثالث: الإجماع على اشتراط الإباحة في عقدي البيع والإجارة(٤).

الدليل الرابع: أن القاعدة أن العجز الشرعي كالعجز الحسي في الإبطال(٥)، فكما أنه لا يجوز استئجار غير المقدور على تسليمه؛ للعجز الحسي، فكذلك لا يجوز استئجار المحرم؛ للعجز الشرعي(٦).

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص١٩٨.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص١٩٩.

(٣) ينظر: فتح الباري (١٣/ ٢٦١) - عمدة القاري (٢١/ ١٩١) - فيض القدير (٢/ ٢٥٢) - نيل الأوطار (١/ ٧٠) – التداوي بالمحرمات، الوليد الفريان (١/ ٧٠٦).

(٤) ينظر: مراتب الإجماع ص١٤٩ - المعلم بفوائد مسلم (٢/ ٢٤٠) – بداية المجتهد (٤/ ١٣٤٠) - الإفصاح عن معاني الصحاح (١/ ٢٩٤) - الشرح الكبير، ابن قدامة (٤/ ٧) - مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٢٨).

(٥) ينظر: منح الجليل (٧/ ٤٩٤) – الوسيط (٤/ ١٦٣) – روضة الطالبين (٥/ ١٨٤).

(٦) ينظر: القواعد الفقهية للمسائل الطبية (٢/ ٥٣٠).

الحالة الثانية : إذا قامت الضرورة، أو الحاجة المنزلة منزلتها، وذلك كأن يتفق الطبيب مع المريض على عملية جراحية لاستئصال الزائدة الدودية، ولكن عندما يقوم الطبيب بإجراء العملية يجد ورماً مرضياً يحتاج إلى إزالة، وبقاؤه فيه خطر على المريض، وتهديد لحياته، والمريض في حالة لا يمكن فيها أخذ إذنه، فهنا للطبيب الخروج عن العمل المتفق عليه، ويلزمه القيام بالتدخل الجراحي لإزالة هذا الورم، فإن كان أحد من أقارب المريض موجوداً كان الحق له في الإذن، وإن لم يوجد أحد واقتضت الضرورة التدخل الطبي المباشر سقط الإذن(١)، ويدل على ذلك ما يلي :

الدليل الأول : عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : (لا ضرر ولا ضرار)(٢).

وجه الدلالة : أنه لا يجوز للإنسان أن يُدْخِل الضرر على أحد، والضرر ينفى قبل وقوعه، ويدفع بعد وقوعه، والضرر لفظ عام متصرف

---

(١) أما إن كان مرض الشخص خطيراً، ويهدد حياته، وهو في حالة واعية، ويمكن أخذ إذنه، ومع ذلك رفض إجراء العملية الجراحية له ففي سقوط إذنه قولان: القول الأول: أنه لا يسقط إذنه؛ لعموم الأدلة الدالة على اشتراط إذن المريض، ولحقه في رفض أو قبول التداوي، ولأن التداوي وإن كان واجباً على المريض استنقاذاً لنفسه فإن إذنه لايسقط، ويكون مناطاً به، القول الثاني: أنه يسقط إذنه، ويجوز للطبيب التدخل العلاجي إنقاذاً لحياة المريض، وصدر به قرار المجمع الفقهي الدولي بشروط أهمها: تبصير الطبيب مريضه بحالته المرضية وخطورتها عليه، وبذل جهده في إقناعه بالرجوع عن رفضه، وأن يتولى فريق طبي لا يقل عن ثلاثة أطباء استشاريين التأكد من حالته، وأن يكون علاجه مجاناً. ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص١٧٠-١٧٥ - التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص١٢٧-١٢٨ - العمليات الجراحية المستعجلة، أبو الوفا محمد (٥/ ٥٨-٥٩) - الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة، إدريس والهزاع (٥/ ٢٢٣-٢٢٥) - الإذن في العمليات الطبية، الطعيمات، (٥/ ٢٨٣-٢٨٥) - حقوق المرضى ومرضى الطوارئ الطبية، الجرعي ص١٠-١٤.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٥٦٥.

في أكثر أمور الدنيا[١]، ومنها : العمل الطبي، فالطبيب له الحق في تجاوز العمل الطبي المتفق عليه لإنقاذ حياة المريض، ودفع الضرر عنه[٢].

الدليل الثاني : أن " الضرر يزال "[٣] وأن " الضرورات تبيح المحظورات "[٤]، فإذا كانت الجراحة الطبية المستعجلة التي لم يتم الاتفاق عليها بين الطبيب والمريض غير الواعي تُسْتَنقذ بها حياته، جاز للضرورة ارتكاب المحظور المتمثل في ترك إذنه ؛ إزالة للضرر عنه، وتغليباً لمصلحته[٥].

الدليل الثالث : أن الفقهاء متفقون على أنه يجب على المسلم شرعاً إنقاذ الآدمي معصوم الدم بكل وسيلة ممكنة[٦]، وأنه " لا خلاف بين أهل العلم، متأخريهم ومتقدميهم في وجوب رد مهجة المسلم عند خوف الذهاب

---

(١) ينظر: الاستذكار (٧/ ١٩١) - جامع العلوم والحكم (٢/ ٢١٠).

(٢) ينظر: أحكام الإذن الطبي في العمليات الجراحية، خرخاش ص١٨٣.

(٣) هذه من القواعد الفقهية الكلية، وينبني عليها كثير من أبواب الفقه، وقد ذكرها أكثر الفقهاء بهذه الصيغة، وذكرها بعضهم بلفظ: لا ضرر ولا ضرار ". ينظر: أشباه ابن نجيم ص٨٥ - شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص١٧٩ - الأشباه والنظائر، ابن السبكي (١/ ٥٣) - كتاب القواعد، الحصني (١/ ٣٣٣) - أشباه السيوطي ص٨٣.

(٤) هذه من القواعد الفقهية الكلية المنبثة في أبواب كثيرة. ينظر: أشباه ابن نجيم ص٨٥ – شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص١٨٥ – الأشباه والنظائر، ابن السبكي (١/ ٦١) – الأشباه والنظائر، السيوطي ص٨٣.

(٥) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص١٧٠-١٧١ – أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص١٨٣.

(٦) ينظر: شرح التلقين (٣/ ١٢٣) – الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٢٢٦) – الشرح الكبير، الدرير(٢/ ١١١) - نهاية المطلب (٧/ ١٧١) – روضة الطالبين (٥/ ٢٦٥) - تحفة المحتاج (٦/ ١٦٥) - الفتاوى الكبرى، ابن تيمية (٥/ ٥٣١) - إعلام الموقعين (٢/ ٢٩٨) - القواعد، ابن رجب ص٤٥٣ - المحلى (١١/ ٢١٩).

والتلف بالشيء اليسير، الذي لا مضرة فيه على صاحبه، وفيه البلغة"[١].

الدليل الرابع: أن القاعدة أن الحاجة إذا دعت إلى التصرف في مال الغير أو حقه، وتعذر استئذانه،إما: للجهل بعينه، أو لغيبته ومشقة انتظاره فإن الإقدام على هذا التصرف مباح جائز[٢]، وإذا كان هذا في حفظ الأموال والحقوق ففي حفظ النفوس أولى؛ لأنها مقدمة على حفظ الأموال والحقوق.

الحالة الثالثة: إذا كانت الإجراءات الطبية التي لم يتفق عليها لا تختلف عن الإجراءات الطبية التي اتفق عليها، كأن يتفق المريض والطبيب على أن يتم تنويمه في غرفة معينة ثم يقوم المريض بتغييرها بأخرى لا تختلف عن تلك المتفق عليها، أو يتفقا على أن يجري الطبيب له الجراحة بآلات طبية معينة فيطلب المريض تغييرها بمثلها، فهنا يجوز الخروج عن العمل الطبي المتفق عليه، ولكن يشترط لذلك ما يلي:

الشرط الأول: ألّا يكون في ذلك ضرر على الطبيب.

الشرط الثاني: أن تكون هناك مصلحة معتبرة لدى المريض جعلته يخرج عن العمل الطبي المتفق عليه.

ويدل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: أن هذا من العمل اليسير الذي جرى العرف بالمسامحة فيه، واليسير مغتفر[٣].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٢٢٦). (٢) القواعد، ابن رجب ص٤٥٣.

(٣) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (٣/ ٢٤٦) - شرح فتح القدير (٧/ ٧٦) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٢١٥) - شرح التلقين (٣/ ٥٢٤) - مناهج التحصيل (٧/ ٣٦٠) - المعيار المعرب (٥/ ١٣٧-١٣٨) - الحاوي (٢/ ١٨٨) - تحفة المحتاج (٢/ ٣٩٥) - المغني (٤/ ٨١) (٩/ ٢٨٢) - المبدع (٤/ ١٦٦) - الإنصاف (١/ ٤٥٧).

الدليل الثاني : أن ما قارب الشيء يعطى حكمه[(١)]، فكل عمل يشبه بعضه بعضاً، أو بعضه قريب من بعض فلا بأس به[(٢)]، وقد قرر الفقهاء أن للمستأجر استيفاء المنفعة بمثلها، وبما دونها في الضرر[(٣)].

---

(١) ينظر: تيسير التحرير (٤/ ٩٥) - الموافقات (١/ ٤١٨) - إيضاح المسالك ص٧٠ - المنثور (٣/ ١٤٤) -الأشباه والنظائر، ابن السبكي (١/ ١١٥) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص١٧٨.

(٢) ينظر: المدونة (٣/ ٤٤٥) - التبصرة، اللخمي (٩/ ٤٩٨٠).

(٣) ينظر: المبسوط (١٥/ ٢٩٩) - مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٩) - المدونة (٣/ ٤٤٥) - شرح الخرشي على خليل (٧/ ٢٤) - المهذب (٢/ ٢٥٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣٦) - المغني (٥/ ٣٥٦) كشاف القناع (٤/ ١٥).

الفرع الثالث
القيام ببذل العناية الطبية الواجبة

من الالتزامات الواجبة على الطبيب التي يفرضها العقد الطبي أن يبذل الطبيب العناية الطبية الواجبة.

والمقصود بذلك : أن يبذل الطبيب الجهد الصادق اليقظ المتفق مع الأصول العلمية الطبية الثابتة[١].

فالعقد الطبي إذا كان في صورة الإجارة فهو من حيث الأصل ليس فيه التزام بنتائج مادية كسائر العقود التي تبرم من أجل نتائجها وغاياتها المادية، وإنما يوجب على الطبيب الالتزام ببذل عنايته الصادقة ؛ من أجل تخفيف الآلام عن المرضى، والوصول إلى شفائهم ؛ لأن الشفاء بيد الله سبحانه، وهو يتوقف على عدة اعتبارات وعوامل لا يستطيع الطبيب السيطرة عليها، والطبيب يستحق أجره، سواءً شفي المريض أم لا ، لأن استحقاقه الأجر مقابل ما بذله من عناية طبية[٢].

وقد اتفق على هذا المبدأ من حيث الأصل الفقهاء[٣]، وجملة

---

(١) ينظر: عقد العلاج الطبي، السعيد رشدي ص١٠٨ - المسؤولية المدنية للطبيب، سلمان القرشي ص٤١.

(٢) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض ص ٢١٥ – المسؤولية المدنية للطبيب، القرشي ص٤١.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١١) - المحيط البرهاني (٧/ ٥٨٨)- حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩) - التمهيد (٥/ ٢٦٤) - المدخل، ابن الحاج (٤/ ١١٩) – التاج والإكليل (٧/ ٥٥٩) - البهجة (٢/ ٤٦٥) - تحفة المحتاج (٦/ ١٦٣) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٩٧) – حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٧٩) - تكملة المجموع (١٥/ ٨٢) - المغني (٥/ ٤٠١) - المبدع (٤/ ٤٣٦) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٣) - المحلى (٧/ ٢٢).

الباحثين والكاتبين في عقد العلاج وأخلاقيات المهنة الطبية[١]؛ وذلك لأن البرء والشفاء بيد الله وحده، وليس في وسع مخلوق أن يعجلهما قبل نزولهما، أو يقدر وقتهما وحينهما، وعقد الإجارة إنما ينعقد على ما في وسع الأجير، لا على ما ليس في وسعه[٢].

وقد استثنى الفقهاء والباحثون بعض الحالات التي يلتزم الطبيب فيها بشفاء المريض، وتحقق النتيجة الطبية التي يريد المريض تحققها، ومن ذلك الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا كان العقد بين الطبيب والمريض عقد جعالة، فإن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة قد ذهبوا إلى جواز اشتراط البرء فيه، وأن الطبيب لا يستحق أجره إلا بتحقق الشفاء[٣].

الحالة الثانية: إذا كان العمل الطبي يمكن تحقق نتائجه، مثل: التحاليل الطبية، والتركيبات الطبية، ومثل: التزام الطبيب بسلامة المريض من الأضرار التي قد تحدث له بسبب استعمال الأدوات، أو

---

(١) ينظر: الوسيط، السنهوري (١/ ٦٥٧) - عقد العلاج، السعيد رشدي ص١٠٨، ١١٨ - عقد العلاج، مأمون ص٦٠ - عقد العلاج، الزامل ص٣٨ - عقد العلاج، شهيب ص٢٨ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٢٢٢ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة المختار ص١١٣ - مسؤولية الطبيب والجراح، سويلم ص١٢١- الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، الفهاد ص١٤٧- نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، م(٢٦) ص٤٠ - في بيان الحاجة إلى الأطباء ص١٤١ - ١٤٤ - أدب الطبيب، الرهاوي ص٢١٤ - التشويق الطبي ص٦٧ - الطب الإسلامي، أحمد طه ص١٣٧ - السلوك المهني للأطباء، التكريتي ص١٢٧ - الموجز في الطب الإسلامي، الديوه ص٩٣ - الطبابة أخلاقيات وسلوك، عبدالجبار دية ص٢.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني (٧/ ٥٨٨) - التمهيد (٥/ ٢٦٤) - المحلى (٧/ ٢٢).

(٣) ينظر: التبصرة (٩/ ٤٩٦١) - الذخيرة (٥/ ٤٢٣) - شرح زروق على الرسالة (٢/ ١٥٠) - حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٧٩)- حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٦٢١) - إعانة الطالبين (٣/ ١٤٥) - تكملة المجموع (١٥/ ٨٣) - المغني (٥/ ٤٠٠) - الإنصاف (٦/ ٣٩١) - كشاف القناع (٤/ ٢٧) - حاشية الروض (٥/ ٣٢١).

الأجهزة أو الأدوية الطبية، وكذلك التزام الطبيب بسلامة المريض في عمليات نقل الدم[(١)]

والتزام الطبيب ببذل عنايته في العمل الطبي داخل في إتقان العمل وإحسانه.

ومعنى إتقان العمل: الوصول بمستوى أداء العمل إلى أعلى درجات الإجادة والكمال[(٢)].

وإتقان العمل وإحسانه وبذل العناية في أدائه مأمور به، ويدل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: ٩٠].

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿وَأَحۡسِنُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾ [البقرة: ١٩٥].

وجه الدلالة: أن الله أمر عباده بالإحسان أمراً مطلقاً، فيشمل كل أوجه الإحسان، وجميع أنواع النفع[(٣)] ويدخل في ذلك إحسان الطبيب في أداء عمله الطبي.

الدليل الثالث: عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه)[(٤)].

---

(١) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص١١٩ - ١٢٤- عقد العلاج، مأمون ص٦٨-٦٩ - العلاقة بين الطبيب والمريض ص٢٢٨ - عقد العلاج، حليبة ص٥١٤-٥٢٦ - مسؤولية الطبيب والجراح، سويلم ص١٢٥ -١٣٥.

(٢) ينظر: الاهتمام بإتقان العمل، بيلي إبراهيم ص١٩,

(٣) ينظر: المحرر الوجيز (٣/ ٤١٦) - الجامع لأحكام القرآن (١٠/ ١٦٦) - تيسير الكريم الرحمن ص٤٤٧.

(٤) الحديث أخرجه أبو يعلى في مسنده برقم (٤٣٨٦)، والطبراني في الأوسط برقم (٨٩٧)، والبيهقي في الشعب برقم (٤٩٢٩)، وضعفه البوصيري، وحسنه الألباني. ينظر: مسند أبي يعلى (٧/ ٣٤٩) - المعجم الأوسط (١/ ٢٧٥) - شعب الإيمان (٧/ ٢٣٢) - إتحاف الخيرة (٣/ ٣٨٢) - السلسلة الصحيحة (٣/ ١٠٦).

الدليل الرابع : ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال : (يحب الله للعامل إذا عمل أن يحسن)[١].

وجه الدلالة : أنه ينبغي لكل عامل أن يتقن عمله، ويحسنه، ويكمله، قاصداً نفع الخلق، بحسب ما تقتضيه الصنعة[٢]، والطب من أهم الصنائع التي ينبغي الاهتمام بضبطها وإتقانها.

الدليل الخامس : ما جاء في الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (من غشنا فليس منا)[٣].

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ نهى عن الغش، وأن الغاش قد خرج عن منهجه ﷺ وطريقته[٤]، والطبيب إذا لم يتقن عمله اعتبر غاشاً للمريض، وللمجتمع.

وإذا كان الفقهاء قد نصوا على إتقان العمل في بعض المواطن، فليس معنى ذلك أن الإتقان مقصور عليها، أو منحصر فيها، بل هو مطلوب في كل أمر يباشره الإنسان[٥]، ومن ذلك العمل الطبي، فإن الطبيب مطالب بإتقان عمله الطبي وإحسانه وبذل العناية فيه.

---

(١) الحديث أخرجه الطبراني في الكبير برقم (٤٤٨)، والبيهقي في الشعب برقم (٤٩٣٢)، وحسنه الألباني. ينظر المعجم الكبير (١٩/ ١٩٩) - شعب الإيمان (٧/ ٢٣٤) - السلسلة الصحيحة (٣/ ١٠٦) - صحيح الجامع الصغير، الألباني (١/ ٣٨٤).

(٢) ينظر: فيض القدير (٢/ ٢٨٦) (٦/ ٤٥٩).

(٣) الحديث أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ من غشنا فليس منا برقم (١٠١) (١/ ٩٩).

(٤) ينظر: شرح النووي على مسلم(١/ ١٠٩) – فيض القدير (٦/ ١٨٦) – نيل الأوطار (٥/ ٢٥١).

(٥) ينظر: العمل والعمال بين الإسلام والنظم الوضعية المعاصرة، المرصفي ص٢٤٨ - ٢٤٩.

الفرع الرابع

الالتزام بتبصير المريض بالمرض وما يترتب عليه

التزام الطبيب بتبصير المريض من أهم الالتزامات الواجبة عليه[(١)].

والتبصير معناه: أن يقدم الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن العمل الطبي الذي سيقوم به، ويفضي إليه بكافة المعلومات والمعارف، ويبين له المخاطر المترتبة؛ للحصول على رضا المريض الحر المستنير[(٢)].

وقيل: هو تقديم الشرح الكافي للمريض، أو ولي أمره عن طبيعة العمل الطبي أو الجراحي الذي ينبغي القيام به[(٣)].

وهذا التعريف الثاني أقرب؛ لاختصاره، ووضوحه، وبعده عن الاستطرادات.

---

(١) ذهب بعض الباحثين وبعض الأطباء إلى أنه لا يجب على الطبيب أن يبصر المريض بمرضه، مستندين إلى: أن الطبيب أدرى بطبيعة المرض، وخطورته، والمخاطر المترتبة عليه، فتترك له حرية الاختيار في إجراء العمل الطبي أو رفضه أو تأجيله، ولأن تبصير المريض وإقناعه يأخذ وقتاً وجهداً من الطبيب، وهو خارج عن نطاق عمله الواجب عليه، ولأن مراعاة نفسية المريض تقتضي عدم تبصيره بالمخاطر، والواقع: أن هذا الرأي فيه بعد عن الصواب؛ لأن التبصير داخل في اشتراط العلم بالعمل الطبي الذي يجب على الطبيب أن يقوم به. ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٧٥ – العقد الطبي، قيس المبارك ص٢٤٦- الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، الفهاد ص٣٤.

(٢) ينظر: الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، أنس عبدالغفار ص٢١ - حق المريض في تبصيره، بن صغير ص٧٨.

(٣) ينظر: الإذن بالعمل الطبي، البار، ص٢٦١.

والالتزام بالتبصير له تسميات أخرى منها : الالتزام بالإعلام، الالتزام بالإفضاء، الالتزام بالإخطار[(١)].

وتبصير المريض ينبغي أن يتصف بعدد من الصفات أبرزها ما يلي :

أولاً : أن يقوم الطبيب بتبصير المريض وإعلامه قبل التدخل العلاجي ؛ لكي يكون لدى المريض الوقت الكافي للتفكير واتخاذ القرار المناسب.

ثانياً : أن يكون التبصير بأسلوب واضح، ومفهوم، يمكن للمريض استيعابه، وأن يتجنب الطبيب المصطلحات الطبية التي يقتصر فهمها على أهل التخصص.

ثالثاً : أن يراعي الطبيب في التبصير الجوانب النفسية للمريض ؛ وذلك لأن الآلام النازلة بالمريض تورثه الاضطراب والقلق، وعدم مراعاة الجوانب النفسية لديه تنعكس سلباً على حالته الصحية.

رابعاً : أن يكون التبصير دقيقاً وصادقاً، بحيث تكون المعلومات التي يخبر الطبيب بها مريضه صحيحة، سليمة من التهويل، أو التهوين.

خامساً : أن يكون التبصير كافياً[(٢)]، بحيث يخبر الطبيب مريضه

---

(١) ينظر: الالتزام بالتبصير، الفهاد ص٢٩ - الالتزام بالتبصير، أنس عبد الغفار ص١٣.

(٢) اختلف الباحثون في حدود تبصير المريض، فمنهم من ذهب إلى أنه يجب تبصيره بجميع المخاطر المتوقعة دون غير المتوقعة، والمخاطر المتوقعة هي: الآثار الضارة على صحة المريض التي يمكن حدوثها في أنواع مماثلة من العلاجات أو الجراحات الطبية، ويكون المرجع فيها إلى أهل الخبرة بالطب ؛ لأن تبصيره بالمخاطر المتوقعة أمر يقتضيه العقد الطبي والإخلال بذلك إخلال بالعقد، ولأن إخفاء المخاطر المتوقعة يعد إهداراً للكرامة الإنسانية واستخفافاً بها، ولأنه يمكن للطبيب فعل ذلك دون مشقة تلحقه، ولأن تبصير المريض بالمخاطر غير المتوقعة أمر يتعذر الوصول إليه، ومنهم من ذهب إلى أنه يجب تبصير المريض بالمخاطر المتوقعة وغير المتوقعة، وبكافة تفاصيل حالته الصحية، والتدخل الطبي، =

بطريقة مناسبة بطبيعة حالته المرضية، وطرق تشخيصها، والعلاج الذي يقترحه، والمخاطر التي يتوقعها؛ حتى تكون موافقة المريض موافقة واعية مدركة تسمح له باتخاذ قرار رشيد وحكيم.

سادساً : أن يكون التبصير عاماً يشمل جميع مراحل العمل الطبي، بحيث يشمل التبصير مرحلة الفحص والتشخيص، وما يتصل بها من استخدام الأشعة والأجهزة الطبية، ويشمل مرحلة العلاج سواءً كان دوائياً، أو جراحياً، أو إشعاعياً، فيجب أن يُبَصِّر الطبيب المريض بطريقة استعمال الدواء، وكمياته المسموح بها، ويبين له الإيجابيات والسلبيات الناتجة عن الجراحة، والأشعة، وما قد يترتب عليها من مخاطر، كما يمتد التبصير إلى المرحلة اللاحقة للعلاج، بأن يبين الطبيب للمريض الاحتياطات اللازمة، والتدابير المهمة(١)

= وبآثار العلاج وبدائله، وبأنظمة المراكز الطبية وتجهيزاتها؛ لأن ذلك يحقق الرضا بالعمل الطبي، ولأن معصومية جسد المريض تقتضي تبصيره بكل شيء يمكن أن يتعرض له، ومنهم من ذهب إلى أن التبصير يختلف باختلاف نوع العمل الطبي وحالة المريض، فمن الأعمال الطبية ما يقتضي الاهتمام بتبصير المريض بكافة المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة، وبدائل العلاج، ونحوها كما في مجال التجارب الطبية، ونقل وزرع الأعضاء البشرية، وعمليات التجميل غير العلاجية، ومنها ما يقتضي التخفيف والاقتصار على التبصير بالمخاطر المتوقعة كما في سائر الأعمال الطبية الأخرى، مع مراعاة ما إذا كانت حالة المريض النفسية تقتضي تخفيف التبصير، وهناك بعض الحالات التي يعفى فيها الطبيب من تبصير المريض كما في حالة الضرورة المقتضية للتدخل العلاجي المباشر. ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٧٥ -٧٨ - عقد العلاج، مأمون ص٢٠ -٢٦ - التزامات الطبيب في العمل الطبي، نجيدة ص٢٢ - ٤٩ - العقد الطبي، المبارك ص٢٤٨ -٢٥٨ - إرادة المريض في العقد الطبي ص١٦٣ - ٢١٢ - حقوق المريض في عقد العلاج ص٢٧٤ -٢٩٢ - الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، الفهاد ص٧٥ - ١٣٩ - حق المريض في تبصيره، بن صغير ص٨٦ - ٩١ - الالتزام القانوني بتبصير المريض، أيمن ونسرين ص١٨٩.

(١) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٧٩ - عقد العلاج، مأمون ص٢٠-٢٤ - التزامات الطبيب في العمل الطبي، نجيدة ص٢٢ - ٣٠ - حق المريض في تبصيره،بن صغير ص٨٠، ٨٥ -٨٦=

والتزام الطبيب بتبصير المريض يستند إلى عدد من الأسس أهمها ما يلي :

الأساس الأول : الأساس العقدي، المتضمن وجود عقد بين الطبيب والمريض، فالعقد الطبي القائم بينهما يُشترط فيه أن تكون المنفعة المتعاقد عليها معلومة لكل منهما، وأن تنتفي الجهالة عنها ؛ ذلك أن الرضا لا ينصرف إلّاً إلى شيء معلوم القدر والصفة، والتبصير وسيلة للعلم بالمنفعة، ورفع الجهالة عنها، وتحقق الرضا في العقد الطبي.

الأساس الثاني : الأساس الأخلاقي، الذي يستلزم التعاون والمشاركة بين الطبيب والمريض، ويقوم على الثقة المتبادلة بينهما، خاصة مع تفاوتهما في المركز والقوة، فالطبيب بحكم تخصصه يكون في مركز قوي، بخلاف المريض الذي يكون في حالة ضعف، وجهل بالعمل الطبي، فضلاً عن الآلام التي يعانيها، والتي قد تدفعه إلى القبول بأي تدخل طبي(١).

مما سبق يتبين أن تبصير المريض بالعمل الطبي من الواجبات التي يجب على الطبيب الالتزام بها، وعدم الإخلال بها، ويدل على ذلك الأدلة التالية :

= - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة المختار ص٢٥٤ - ٢٦٠ - الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، حسام الفهاد ص٣١،ص٨٧-١٠٢- الالتزام بالتبصير، أنس عبدالغفار ص٧١-٧٤ - الالتزام بالإعلام في عقد العلاج، قندوز ص٧.

(١) ذكر بعض الباحثين أسساً أخرى منها : الأساس الشرعي، والأساس الإنساني، والأساس القانوني، والذي أراه أن هذه الأسس تعود إلى الأساسيين السابقين، فالأساسان الشرعي والقانوني مآلهما إلى الأساس العقدي، والأساس الإنساني مآله إلى الأساس الأخلاقي. ينظر : عقد العلاج، رشدي ص٧٩ - التزامات الطبيب في العمل الطبي، نجيدة ص١٤ -١٩ - عقد العلاج، شهيب ص٩٠ - إرادة المريض في العقد الطبي، زينة العبيدي ص٢١٣ - ٢١٦ - الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، الفهاد ص١٧، ٥٤ - ٥٥ - الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، أنس عبدالغفار ص٦١ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة المختار ص٢٥٣.

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المَائدة: ٢].

وجه الدلالة: أن الله أمر المسلمين أن يتعاونوا على العمل بما أمر الله به، وترك ما نهى عنه، سواءً كان من حقوق الله، أو من حقوق الآدميين، فكل قول أو فعل يعين على ذلك فهو مأمور به(١)، والالتزام بالتبصير داخل في ذلك، فيكون مأموراً به(٢).

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا۟ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۚ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ۚ﴾ [التّوبَة: ٩١].

وجه الدلالة: أن الله وصف الناصحين لله ورسوله بالمحسنين، ويشمل النصح النصح بالقول، والنية، والفعل، ومتى أحسن العبد فيما يقدر عليه سقط عنه ما لا يقدر عليه(٣)، وتبصير الطبيب للمريض داخل في النصح والإحسان.

الدليل الثالث: ما جاء في الحديث عن رسول الله ﷺ أنه قال: (ما من عبد يسترعيه الله رعية، يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلّا حرم الله عليه الجنة)(٤)، وفي لفظ: (ثم لا يجهد لهم، وينصح إلّا لم

(١) ينظر: جامع البيان، الطبري (٩/ ٤٩٠) - الجامع لأحكام القرآن (٦/ ٤٦) - تفسير السعدي ص٢١٨.

(٢) ينظر: الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، أنس عبدالغفار ص١٨.

(٣) ينظر: جامع البيان (١٤/ ٤١٩) - المحرر الوجيز (٣/ ٧٠) - التسهيل لعلوم التنزيل (١/ ٣٤٥).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب من استرعى رعية فلم ينصح برقم (٧١٥٠)، ومسلم في صحيحه، واللفظ له في كتاب الإيمان، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار برقم (١٤٢). ينظر: صحيح البخاري (٩/ ٦٤) - صحيح مسلم (١/ ١٢٥).

يدخل معهم الجنة)[١].

الدليل الرابع: عن تميم الداري ﵁ أن النبي ﷺ قال: (الدين النصيحة)، قلنا: لمن؟ قال: (لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم)[٢].

وجه الدلالة: في الأحاديث دلالة على وجوب النصح لكافة المسلمين، وتعريفهم بما يجب عليهم ولهم في أمر دينهم ودنياهم، والتحذير من غشهم، وأن من قلده الله تعالى شيئاً من أمرهم واسترعاه عليهم ونصبه لمصلحتهم في دينهم أو دنياهم فخان فيما اؤتمن عليه فلم ينصح فيما قلده فقد غشهم[٣]، والمريض قد التزم رعاية الطبيب بعقد، فوجب على الطبيب نصحه وتبصيره[٤].

الدليل السادس: أن النصح واجب في الصنائع كلها، والطب من أهم الصنائع التي ينبغي النصح فيها، والتبصير بها، فالواجب على أصحاب المهن أن يبذلوا جهدهم في التبصير، والنصح، والتوجيه؛ لأن إهمال ذلك فيه إضرار، والأصل عدم الضرر[٥].

الدليل السابع: يمكن أن يقال: العمل الطبي معقود عليه، ومن شرط العقد العلم بالمعقود عليه، والتبصير وسيلة إلى ذلك فيكون واجباً.

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار برقم(١٤٢)(١/ ١٢٥).

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة برقم (٥٥) (١/ ٧٥).

(٣) ينظر: إكمال المعلم (٦/ ٢٣١) - شرح النووي على مسلم (٢/ ٣٩، ١٦٦) - فتح الباري، ابن حجر (١/ ١٣٨) (١٣/ ١٢٨) - جامع العلوم والحكم (١/ ٢٢٣).

(٤) ينظر: أحكام عقد العلاج، حلية ص٢٤٦.

(٥) ينظر: المدخل، ابن الحاج(٤/ ١١٩، ١٩٥) - كشاف القناع(٦/ ٢١٤) - أحكام عقد العلاج، حلية ص٢٤٨.

الفرع الخامس

الالتزام بالحفاظ على أسرار العمل الطبي

التزام الطبيب بحفظ الأسرار وعدم إفشائها من أهم الالتزامات المناطة به، والسر الطبي من الأمور التي قد يصعب تحديد مفهومها ؛ لاختلافه باختلاف الزمان، والمكان، والأشخاص، والظروف المحيطة، فقد يكون أمراً من الأمور سراً في زمان، ولا يكون كذلك في زمان آخر، أو يكون سراً في مكان دون مكان آخر، أو يكون سراً عند بعض الأشخاص دون غيرهم(١).

والسر الطبي قد عرف بتعاريف كثيرة متنوعة، بعضها راعى جانب الضرر، وبعضها راعى جانب المصلحة، وبعضها راعى جانب طبيعة السر(٢).

ومن أهم هذه التعريفات ما يلي :

التعريف الأول : كل ما يقف عليه الطبيب بوصفه سراً، وتقتضي مصلحة المريض كتمانه(٣).

---

(١) ينظر: السر الطبي، الترمانيني ص٤٠.

(٢) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص١١٧ - عقد العلاج، مأمون ص٧٥ - السر الطبي، الترمانيني ص٤٠ - التزامات الطبيب في العمل الطبي، نجيدة ص١٤٩ - عقد العلاج، حليبة ص٢٩٩- المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، قايد ص٧ - كتمان السر وإفشاؤه، شريف ص٤٥-٥٠ - المسؤولية الجنائية للطبيب، القبلاوي ص٥٨- إفشاء السر الطبي، علي محمد ص١٥٩- المسؤولية الطبية، بيومي ص١٠٦ - إفشاء الأسرار الطبية والتجارية، الخضيري ص٨٧ -٨٩ - التزام الطبيب بالسر المهني، داودي ص٢٥٥.

(٣) ينظر: المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ص٧.

التعريف الثاني : كل ما وصل إلى علم الممارس الصحي عن طريق مهنته، وكان للمريض أو أهله مصلحة مشروعة في كتمانه[١].وهذا التعريف الثاني أقرب ؛ لشموله،ووضوحه.

والأسرار الطبية قسمها بعض الباحثين إلى قسمين :

القسم الأول : العورات والسوآت التي لا يحب المريض أن يطلع عليها أحد غيره، كالإصابة ببعض الأمراض الخاصة بالأعضاء التناسلية، ونحوها.

القسم الثاني: المعاصي التي يقترفها المريض ككونه مدمن خمر، أو حصل له بسبب الزنا مرض جنسي، ولكي تكون تلك المعصية سراً يلتزم الطبيب بكتمانه فلا بد أن يكون المريض قد قارف الذنب مستتراً، نادماً على خطيئته، واطمأن الطبيب إلى توبته، ولم يكن في حفظ سره مفسدة تربو على إفشائه[٢].

وقسمها بعضهم إلى التقسيم التالي :

القسم الأول: أسرار ظاهرة، تظهر كلها، أو شيء من آثارها على المريض عند قيام الطبيب بالعمل الطبي

القسم الثاني : أسرار معنوية لا تظهر للطبيب، ولكن يبديها المريض لطبيبه بغية العلاج، كبعض المشكلات النفسية لديه، وبعض جوانب النقص في شخصيته[٣].

---

(١) ينظر: إفشاء الأسرار الطبية والتجارية، الخضيري ص٨٩.

(٢) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص٢٤٥ - النوازل في الجرائم الطبية، الدباسي ص٥٨٢.

(٣) ينظر: نوازل الجرائم الطبية، الدباسي ص٥٨٣.

والسر الطبي يتعلق بطرفين : الطرف الأول : المريض المكلف، فالسر الطبي ملك له يحق له حفظه، أو إفشاؤه، فإن كان غير مكلف، أو كان مكلفاً لكنه فاقد للوعي انتقل السر الطبي إلى وليه، أو من يقوم مقامه، والطرف الثاني : الطبيب ويدخل معه جميع الأشخاص العاملين في المجال الطبي، والذين وقفوا على السر بسبب مهنتهم الطبية سواءً كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر(١).

وحتى يتصف السر الطبي بذلك يجب أن يتوفر فيه جملة من الشروط أهمها ما يلي :

الشرط الأول : أن يكون الطبيب أو غيره من العاملين في المجال الصحي قد حصلوا على المعلومات أو الوقائع بسبب مهنتهم، فإن لم يكن للسر صلة بمهنتهم الطبية لم يلزمهم الكتمان، كمن رأى في بيت المريض شخصاً يرتكب فاحشة، أو يشرب خمراً، ونحو ذلك.

الشرط الثاني : عدم شيوع الواقعة أو المعلومات محل السر الطبي، وذلك بأن ينحصر نطاق العلم بالمعلومات والوقائع في شخص أو أشخاص قليلي العدد، فأما إن كانت تلك المعلومات والوقائع قد أصبحت شائعة منتشرة بين الناس فقد خرج الأمر عن حدود السر الطبي.

الشرط الثالث : أن يكون للمريض مصلحة في إبقاء الأمر سراً، سواءً كانت المصلحة مادية، أو معنوية، وأن يلحق به الضرر من إفشاء سره، سواءً كان حصول الضرر مؤكداً، أو محتملاً(٢).

---

(١) ينظر: التزامات الطبيب في العمل الطبي، نجيدة ص١٧٥ - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، قايد ص٤٤- إفشاء السر الطبي، علي محمد علي ص١٧١- إفشاء الأسرار الطبية، الخضيري ص٩٩ - ١٠٤.

(٢) ينظر: التزامات الطبيب في العمل الطبي، نجيدة ص١٥٦-١٦٦ - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، قايد ص٣٤ - إفشاء السر، الأشقر ص٥٠ - المسؤولية الجنائية =

والتزام الطبيب بحفظ أسرار المريض مما اتفق عليه الفقهاء[(١)]، والأطباء، والكاتبون في أخلاقيات المهنة الطبية[(٢)].

قال ابن مفلح: " الطبيب والجرَّاح والجار يحرم عليهم التحدث بما اطلعوا عليه مما يكره الإنسان تحدثهم به"[(٣)]، وقال الطبيب الرازي: "ينبغي أن يكون الطبيب رفيقاً بالناس، حافظاً لغيبهم، كتوماً لأسرارهم"[(٤)]

وحفظ أسرار المريض واجب، ويحرم على الطبيب إفشاؤها، ويدل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: عموم الأدلة الدالة على وجوب حفظ الأمانات، والوفاء بالعهود، وتجنب الخيانة، ومنها:

= للطبيب، القبلاوي ص٥٩ - إفشاء السر الطبي، علي محمد علي ص١٤-١٨، ١٦٦ - ١٦٨ - إفشاء الأسرار الطبية، الخضيري ص١٠٦ - ١١٠.

(١) ينظر: عمدة القاري (٢٢/ ٢٦٨) - بريقة محمودية، الخادمي (٣/ ٢٢٣) - شرح ابن بطال (٩/ ٦٤) - المدخل، ابن الحاج (٤/ ١٣٥)- الفواكه الدواني (٢/ ٢٨٠) - أدب الدنيا والدين ص٣٠٧ - إحياء علوم الدين (٣/ ١٣٢) - معالم القربة ص١٧٩ - حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٣٧٩) - إعلام الموقعين (٤/ ١٩٧) - الفروع (٣/ ٣٠٤) - النكت والفوائد السنية (١/ ١٩٠) - كشاف القناع (٢/ ١٠٢) شرح المنتهى (١/ ٣٥٢).

(٢) ينظر: شرح قانون العقوبات الخاص، حسني ص٧٢٥ - عقد العلاج، رشدي ص١١٤ - عقد العلاج، مأمون ص٧٥ - التزامات الطبيب في العمل الطبي، نجيدة ص١٤٠ - حقوق المريض في عقد العلاج ص٣٧٠ - المسؤولية الجنائية للطبيب، القبلاوي ص٥٧ - المسؤولية الطبية، بيومي ص١٨٠ - أخلاق الطبيب، الرازي ص٢٧ - أدب الطبيب، الرهاوي ص٢٠٦ - التشويق الطبي ص٦٥ -٦٦ - عيون الأنباء ص٤٥ - في بيان الحاجة إلى الأطباء، الشيرازي ص١٣٢ - السلوك الطبي للأطباء ص١٦٣ - مسؤولية الطبيب، البار وحسان باشا ص٧٠ - الطبابة أخلاقيات وسلوك ص٦١ - الطب الإسلامي، ص١٠٥ - ١٠٦ - آداب المهنة الطبية ص٥٤-٦١ - الأخلاقيات والآداب الإسلامية لمزاولة المهن الصحية، الساعدي ص٥٤-٥٧.

(٣) النكت والفوائد السنية (١/ ١٩٠).

(٤) أخلاق الطبيب ص٢٧.

أ - قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨].

ب - قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمْ﴾ [الأنفال: ٢٧].

د - عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان)[١].

هـ - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا حدث الرجل القوم ثم التفت فهي أمانة)[٢].

وجه الدلالة مما سبق: أن الله ورسوله قد أمرا المسلم بحفظ الأمانة، ويعم ذلك كل أمانة، سواءً كانت حقاً لله، أو للعباد، ويدخل فيها أمانات الآدميين من حفظ أموالهم، وأسرارهم، ونهى الله عباده عن خيانة ما يؤتمنون عليه من مال، أو أهل، أو سر، وإشاعة الأمانات إضاعة لها[٣].

الدليل الثاني: عموم الأدلة الدالة على الترغيب في الستر على المسلمين، وتجنب تتبع عوراتهم، ومنها:

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق برقم (٣٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق برقم (٥٩). ينظر: صحيح البخاري (١/ ١٦) - صحيح مسلم (١/ ٧٨).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في نقل الحديث برقم (٤٨٦٨)، والترمذي في سننه، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في أن المجالس بالأمانة برقم (١٩٥٩)،، والبيهقي في الكبرى برقم (٢١٦٩٣) وحسنه الترمذي والألباني. ينظر: سنن أبي داود (٧/ ٢٣١) - سنن الترمذي (٣/ ٤٠٥) - السنن الكبرى، البيهقي (١٠/ ٢٤٧) - السلسلة الصحيحة، الألباني (٣/ ٨١).

(٣) ينظر: مرقاة المفاتيح (٨/ ٣١٦٦) - المحرر الوجيز (٢/ ٥١٧) - الجامع لأحكام القرآن (٥/ ٢٥٧) - شرح السنة (١/ ٧٦) - مفاتيح الغيب (١٠/ ١٠٩) - شرح النووي على مسلم (٢/ ٤٧) - الآداب الشرعية (٢/ ٢٥٧) - سبل السلام (٢/ ٦٦٢) - روح المعاني (٢٩/ ٦٣) - عون المعبود (١٣/ ١٤٨) - تيسير الكريم الرحمن ص١٨٣.

أ - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة)[١]

ب - عن أبي برزة الأسلمي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا المسلمين، ولا تتبعوا عوراتهم؛ فإنه من يتبع عوراتهم يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه في بيته)[٢].

وجه الدلالة: أن الشارع الحكيم حث على الستر ورغب فيه، والسر الطبي من العورة التي يجب سترها؛ لأن العورة كل ما يستقبح ظهوره للناس، ويستحيا منه، حسياً كان أو معنوياً، فنهى الله المسلمين عن التجسس على عورات إخوانهم فيما يجهلونه، وإفشاء ما يعرفونه[٣].

الدليل الثالث: الأدلة الدالة على وجوب حفظ الأسرار، وتحريم إفشائها، ومنها ما يلي:

أ - عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: (أسرَّ إليَّ النبي ﷺ سِرّاً، فما

---

(١) الحديث أخرجه البخاري، كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه برقم (٢٤٤٢)، ومسلم،كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم برقم (٢٥٨٠). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٢٨) - صحيح مسلم(٤/ ١٩٩٦)

(٢) الحديث أخرجه أحمد بلفظه في مسنده برقم (١٩٧٧٦)، وأبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في الغيبة برقم (٤٨٨٠)، والبيهقي في الكبرى برقم (٢١٦٩٦)، وأخرجه بنحوه من حديث ابن عمر وابن عباس الترمذي في سننه، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في تعظيم المؤمن برقم (٢٠٣٢)، والطبراني في الكبير برقم (١١٤٤٤)،، وقال الترمذي: حسن غريب، ووثق الهيثمي رجاله، وقال الألباني: حسن صحيح. ينظر: مسند أحمد (٣٣/ ٢٠) - سنن أبي داود (٧/ ٢٤١) - سنن الترمذي (٣/ ٤٤٦) - المعجم الكبير (١١/ ١٨٦) - السنن الكبرى، البيهقي (١٠/ ٢٤٧) - مجمع الزوائد (٨/ ١٧٦) - صحيح سنن أبي داود (٣/ ١٩٧).

(٣) ينظر: مرقاة المفاتيح (٨/ ٣١٥٧) - عون المعبود (١٣/ ١٥٣) - إفشاء السر، الأشقر ص٥٢.

أخبرت به أحداً بعده، ولقد سألتني أم سليم فما أخبرتها به)[١].

ب - ما جاء في الحديث أن أبا بكر رضي الله عنه قال: (فلم أكن لأفشي سر رسول الله ﷺ)[٢]، ومثله ما جاء في حديث فاطمة بنت رسول الله ﷺ من قولها: (ما كنت لأفشي سر رسول الله)[٣].

ج - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته، وتفضي إليه، ثم ينشر سرها)[٤]

وجه الدلالة مما سبق: أن الصحابة رضي الله عنهم كتموا سر رسول الله ﷺ، مما يدل على وجوب حفظ الأسرار، وتحريم إفشائها؛ ولذا جاء الوعيد الشديد على إفشاء ما يكون بين الزوجين من أمور الاستمتاع؛ لأن حقها الحفظ والكتمان[٥].

الدليل الرابع: عموم الأدلة الدالة على تحريم الاعتداء على المسلمين، والإضرار بهم، ،ومنها ما يلي:

---

(١) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الاستئذان، باب حفظ السر برقم (٦٢٨٩)، ومسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل أنس بن مالك برقم (٦٣٢٩). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ٦٥)- صحيح مسلم (٤/ ١٩٣٠).

(٢) الحديث أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب عرض الإنسان ابنه أو أخته على أهل الخير برقم (٥١٢٢) (٧/ ١٣).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب علامات النبوة في الإسلام برقم (٣٦٢٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ برقم (٢٤٥٠). ينظر: صحيح البخاري (٤/ ٢٠٣) - صحيح مسلم (٤/ ١٩٠٥).

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب إفشاء سر المرأة برقم (١٤٣٧) (٢/ ١٠٦٠).

(٥) ينظر: شرح النووي على مسلم (١٠/ ٨) - فتح الباري (٩/ ١٧٧) (١١/ ٨٢).

أ - قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾ [البَقَرَة: ١٩٠]

ب - قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُؤْذُونَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ بِغَيْرِ مَا ٱكْتَسَبُواْ فَقَدِ ٱحْتَمَلُواْ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ [الأحزَاب: ٥٨].

ج - عن أبي سعيد الخدري ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)[1].

وجه الدلالة: أن الله نهى عن الاعتداء على المسلمين بصيغة العموم، فيشمل أنواع الاعتداء كلها، ونهى عن إيذاء المسلمين بكل فعل وقول يكرهونه، وعن إلحاق الضرر بهم، وإفشاء السر الطبي عدوان على المريض، وإلحاق للضرر به، ولا يحل للمسلم أن يتعمد الإضرار بأخيه بغير حق، ولا أن يسعى فيما يكون سبباً للإضرار به[2].

الدليل الخامس: أن الله نهى عن الغيبة وحرمها فقال سبحانه: ﴿وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾ [الحُجرَات: ١٢] وعن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (أتدرون ما الغيبة؟)، قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: (ذكرك أخاك بما يكره)، قيل: أفرأيت إن كان في أخي ما أقول؟ قال: (إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته، وإن لم يكن فيه فقد بهتَّه)[3]، وإفشاء السر الطبي من الغيبة المحرمة؛ لأنه ذكر لصاحب السر بما يكره[4].

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٥٦٥.

(٢) ينظر: المحرر الوجيز (٣٩٨/٤) - التحرير والتنوير (١٠٥/٢٢) - تيسير الكريم الرحمن ص٨٩.

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، باب تحريم الغيبة برقم (٢٥٨٩) (٢٠٠١/٤).

(٤) ينظر: إفشاء السر، علي محمد علي ص٥٣.

الدليل السادس : أن حفظ السر من أقوى أسباب النجاح، وأدوم لأحوال الصلاح، وهو من مقاييس الفضل والكمال[١]، ويترتب عليه فوائد كثيرة منها : تقوية أواصر المحبة والأخوة، وزرع الثقة بين المسلمين، والمحافظة على الشعور الإنساني، وإفشاء السر يترتب عليه مضار اجتماعية، ومالية، وبدنية، فينتج عنه فساد العلاقات الاجتماعية، وحصول الضغائن، وتكبد بعض الخسائر المالية، وغيرها[٢].

مما سبق يتبين أن كل ما استكتم عليه الطبيب، أو دلت القرائن على طلب كتمانه، أو كان من شأنه أن يكتم فهو سر يجب حفظه، ويحرم إفشاؤه[٣]، فمتى ذكر المريض للطبيب أمراً يعد من المعايب فهو سر، وإن ذكر له أمراً في إفشائه مضرة عليه فهو سر كذلك، وإن تعمد المريض الانفراد بالطبيب للحديث معه عن مرضه فهو سر، وإن خفض صوته عند حديثه مع الطبيب فهو سر ؛ لأنه هذه قرائن تدل على طلب الكتمان[٤].

إلَّا أن هناك حالات مستثناة يجب فيها الإفشاء لجلب مصلحة عامة أو خاصة، أو درء مفسدة عامة أو خاصة، وحيث إن إفشاء السر الطبي يعتبر موجباً من موجبات ضمان الطبيب، فسيرد الحديث عن ذلك مفصلاً في الفصل الرابع من هذا الباب عند الحديث على ضمان الطبيب.

---

(١) ينظر : أدب الدنيا والدين ص٣٠٦ - ٣٠٧.

(٢) ينظر : إفشاء السر، الأشقر ص٥٦- كتمان السر وإفشاؤه، شريف ص١٠١ - إفشاء الأسرار واصل ص٣٥- إفشاء السر، علي محمد علي ص٣٣ - ٤٣ - إفشاء الأسرار الطبية، الخضيري ص٧٧ - ٧٩.

(٣) ينظر : القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في العمل الطبي، الجبير ص١٠.

(٤) ينظر : القواعد الفقهية للمسائل الطبية، آل الشيخ ص١١٦ - ١١٧.

الفرع السادس

الالتزام بالأخلاق والآداب العامة

هناك جملة من والآداب العامة التي ينبغي للطبيب المسلم أن يتحلى بها، ويلتزمها، ومنها:

أولاً: الإخلاص، واحتساب الأجر عند الله:

الإخلاص: تجريد القصد للمعبود، وتصفية الفعل عن ملاحظة المخلوقين، وعما قد يشوبه من رياء، أو خداع، أو غش، أو غيرها(١).

والإخلاص منزلته عظيمة، فهو أساس قبول العمل، والظفر بالمطلوب، وهو مطلوب في الأعمال التي يزاولها الإنسان في حياته(٢)، فقد قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [الأنعام: ١٦٢]، فقوله: (محياي) يقصد بها: " الأعمال التي من شأنها أن يتلبس بها المرء مع حياته"(٣)، "والأعمال إنما تتفاضل ويعظم ثوابها بحسب ما يقوم بقلب العامل من الإيمان والإخلاص "(٤).

والطبيب بحاجة ماسة إلى الإخلاص؛ حيث إن كثيراً من الإجراءات والممارسات التي يقوم بها قد تخفى على كثير من الناس، ولأن مهنته تستنزف من جهده ووقته الشيء الكثير، وطبيعة عمله تقتضي

---

(١) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ١٢٥) - مدارج السالكين (٢/ ٩١).

(٢) ينظر: أخلاقيات الطبيب المسلم، نبيلة الحلبية ص٩٧٥.

(٣) التحرير والتنوير (٨/ ٢٠١).

(٤) بهجة قلوب الأبرار، السعدي ص٨ - ٩.

استدعاؤه في أي وقت لذلك فإن وسيلته التي تعينه على تحمل هذه الحال، بل وأن ينشط في عمله، ويأنس به هو أن يجعل قلبه معلقاً بالله، وعمله خالصاً له، متطلعاً إلى ما عنده(١).

ثانياً: التقوى:

والتقوى: أن يجعل العبد بينه وبين ما يخافه ويحذره وقاية تقيه منه، بأن يمتثل الأوامر ويجتنب النواهي(٢)

وقد أمر الله عباده بتقواه فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَكُونُواْ مَعَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [التوبة: ١١٩].

فأمرهم أن تتصف أقوالهم وأفعالهم بالصدق، وأن تكون خلية من الكسل، سالمة من المقاصد السيئة(٣).

والتقوى لها أثرها العظيم في حياة الطبيب، فهي التي تدفعه إلى إتقان العمل، والالتزام بأخلاقيات المهنة، والحرص على الالتزام بالمواعيد، وهي التي تجنبه علاج الناس بالمحرمات والمشتبهات، وتبعده عن مواضع الفتن من الخلوة بالأجنبيات، وفضول النظر، ونحوها(٤).

ثالثاً: الصدق.

أمر الله سبحانه بالصدق فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَكُونُواْ مَعَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [التوبة: ١١٩].

---

(١) ينظر: أخلاقيات الطبيب المسلم، الحليبة ص٩٧٦ - الأسس الأخلاقية للمهن الطبية رزق الله ص٣٧- موسوعة أخلاقيات مهنة الطب، البار (٢/ ٩٠)- دور الأخلاقيات الطبية في حماية حقوق المريض،لحولود ص٥١.

(٢) ينظر: جامع العلوم والحكم (١/ ٣٩٨) - التحرير والتنوير (٢٨/ ٨٧).

(٣) ينظر: تيسير الكريم الرحمن ص٣٥٥.

(٤) ينظر: أخلاقيات الطبيب المسلم، نبيلة الحليبة ص٩٧٨.

وجاء في الحديث عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (إنَّ الصدق يهدي إلى البر، وإن البر يهدي إلى الجنة، وإن الرجل ليصدق حتى يكون صديقاً)[١].

فهذه الأدلة توجب " تحري الصدق، وتجنب الكذب، والتساهل فيه "[٢]، وتدل على أن الطبيب يجب أن يكون " معروفاً بصدق اللهجة، وأداء الأمانة "[٣]؛ لأن العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض مبناها على الثقة به، فعليه أن يدعم تلك العلاقة بأن يتحلى بالصدق في جميع تعاملاته، في مواعيده مع المرضى، وفي ما يطلبه من المريض من فحوصات مخبرية، وفيما يصفه من أدوية، وفي بيان تشخيص المرض، وتوصيفه، وتوضيح مضاعفات العلاج، وكتابة التقارير الطبية، وغيرها[٤].

رابعاً: استشعار الأمانة وعظم المسؤولية:

الأمانة: كل ما افترض الله على عباده فهو أمانة[٥]، وتشمل الأمور التي يؤتمن عليها العبد من حقوق الله، وحقوق خلقه[٦]، فهي عامة في

---

(١) الحديث أخرجه بلفظه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب قول الله تعالى (يا أيها الذين ءامنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين برقم (٦٠٩٤)، وبنحوه أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب قبح الكذب وحسن الصدق برقم (٢٦٠٧). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ٢٥) - صحيح مسلم (٤/ ٢٠١٣).

(٢) إكمال المعلم (٨/ ٨١). وينظر: شرح النووي على مسلم (١٦/ ١٦٠) - فتح الباري (١٠/ ٥٠٨).

(٣) ينظر: في بيان الحاجة إلى الأطباء ص١٥١.

(٤) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣١١ - الأسس الأخلاقية للمهن الطبية، رزق الله ص٣٨ - ٣٩ - موسوعة أخلاقيات مهنة الطب (٢/ ٩١) - الموسوعة الطبية الفقهية، أحمد الشافعي وآخرون (١/ ١٢١) - أخلاقيات الطبيب المسلم، نبيلة الحليبة ص٩٨٤.

(٥) ينظر: الكليات، الكفوي ص٢٦٩.

(٦) ينظر: تيسير الكريم الرحمن، السعدي ص٩٤٣.

التكاليف كلها[١].

وقد أمر الله عباده بأداء الأمانات فقال: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النِّسَاء: ٥٨].

والطبيب يجب عليه أن يستشعر الأمانة العظيمة المنوطة به؛ فإن حفظ النفس وصيانتها من أهم مقاصد الشريعة، والطبيب يباشر ذلك ويقوم به، وهو مسؤول عن هذه النفس فعليه أن يرعاها، وأن يحفظها، وألَّا يفشي الأسرار، وألَّا يغش في عمله الطبي، وألَّا يمتنع عن علاج من يحتاج إلى ذلك[٢].

وقد جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (كلكم راع ومسئول عن رعيته، فالإمام راع وهو مسئول عن رعيته، والرجل في أهله راع وهو مسئول عن رعيته، والمرأة في بيت زوجها راعية وهي مسئولة عن رعيتها، والخادم في مال سيده راع وهو مسئول عن رعيته)[٣].

" والراعي هو: الحافظ المؤتمن، الملتزم صلاح ما قام عليه، وما هو تحت نظره.... فكل من كان تحت نظره شيء فهو مطالب بالعدل فيه، والقيام بمصالحه في دينه ودنياه "[٤].

ومما يدخل في ذلك محافظة الطبيب على أدوات العمل الطبي؛ لأنها أمانة تحت يده، فيجب عليه صونها، والعناية بها، وألَّا يستعملها

(١) ينظر: التسهيل، ابن جزي (٢/ ١٦٠) - تفسير القرآن العظيم، ابن كثير (٦/ ٤٨٩).

(٢) ينظر: الأسس الأخلاقية للمهن الطبية، رزق الله ص٤٢ - موسوعة أخلاقيات مهنة الطب (٢/ ٩٠) - الموسوعة الطبية الفقهية، أحمد الشافعي (١/ ١٢٢) - أخلاقيات الطبيب المسلم، نبيلة الحلبية ص٩٨١.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٥٩٤.

(٤) شرح النووي على مسلم (١٢/ ٢١٣).

إلَّا فيما أذن له فيه، وأن يتجنب استعمالها في مصلحته الخاصة(١).

خامساً: الرفق بالمريض:

الرفق: لين الجانب، واللطف في القول والفعل، والأخذ بالأسهل، وهو ضد العنف(٢).

والرفق مطلوب في كل الأمور، وقد جاء في حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها: (مهلاً يا عائشة، إن الله يحب الرفق في الأمر كله)(٣).

وجاء في وصف الطبيب أنه رفيق كما في حديث أبي رمثة رضي الله عنه قال: انطلقت مع أبي وأنا غلام إلى النبي ﷺ، قال: فقال له أبي: إني رجل طبيب، فأرني هذه السلعة التي بظهرك، قال: (وما تصنع بها؟)، قال: أقطعها، قال: (لست بطبيب، ولكنك رفيق، طبيبها الذي وضعها)، وقال غيره: (خلقها)(٤)، فالطبيب يرفق بالناس في العلاج، بلطافة الفعل، فيحمي بدن الإنسان، بحفظ مزاجه عما يخشى أن لا

---

(١) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٢٤٩ - التزامات العامل، خليل حامد ص٣٨.

(٢) ينظر: النهاية في غريب الحديث (٢/ ٦٠٢) - فتح الباري (١٠/ ٤٤٩) - التنوير (١/ ٥٣٣).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب الرفق في الأمر كله برقم (٦٠٢٤)، ومسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام وكيف يرد عليهم برقم (٢١٦٥). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ١٢) - صحيح مسلم (٤/ ١٧٠٦).

(٤) الحديث أخرجه بلفظه أحمد في مسنده برقم (٧١١٠)، وبنحوه أخرجه الشافعي في مسنده برقم (١٦٢١)، وابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢٣٤٢٣)، وأبو داود في سننه، كتاب الترجل، باب في الخضاب برقم (٤٢٠٧)، والطبراني في الكبير برقم (٧١٥)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٦٣٢٠)، وصححه الألباني في السلسلة وقال: هذا إسناد صحيح على شرط مسلم، وصححه محققو المسند. ينظر: مسند الإمام الشافعي، ترتيب: سنجر (٣/ ٢٩٧) - مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٣٢) - مسند أحمد (١١/ ٦٨١) - سنن أبي داود (٦/ ٢٦٩) - المعجم الكبير (٢٢/ ٢٧٨) - السنن الكبرى، البيهقي (٨/ ٢٧) - السلسلة الصحيحة (٤/ ٥١).

يحتمله من الأغذية الرديئة المردية، ويطعمه ما يرى أنه أرفق به من الأغذية اللطيفة، ويسقيه ما يرى أنه أرفق به من الأشربة والأدوية[١].

سادساً : احترام المريض، والتأني معه، وحسن سؤاله، والإنصات إليه :

على الطبيب أن يعامل مريضه باحترام يليق به، وأن يحسن الاستماع إليه، وألَّا يستعجل في اتخاذ قراره الطبي، وقد نهى الله عباده أن يحقر بعضهم بعضاً، فلا ينبغي للمسلم أن يذل أخاه المسلم، أو يهينه، أو يزدريه، أو لا يعبأ به[٢]، وقد جاء في حديث أبي هريرة ﵁ أن النبي ﷺ قال : (كونوا عباد الله إخوانا، المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يخذله، ولا يحقره...)[٣].

فالطبيب ينبغي أن يكون حسن المساءلة، مطرحاً للسؤال عما لا يحتاج إليه، متلطفاً في حفظ الصحة ومعالجة المرض[٤]، " ولا يصف للمريض شيئاً حتى يجيد البحث، والسؤال، والاستقصاء "[٥].

يقول ابن الحاج ﵀ : " من آكد ما على الطبيب حين جلوسه عند المريض أن يتأنى عليه بعد سؤاله له، حتى يخبره المريض بحاله،ثم يعيد

---

(١) ينظر: مرقاة المفاتيح (٦/ ٢٢٧٢) - المدخل، ابن الحاج (٤/ ١١٩ - ١٢٠) - شرح السنة، البغوي (١٠/ ١٨٢) - الكاشف عن حقائق السنن، الطيبي (٨/ ٢٤٦٨) - إرشاد الساري (٨/ ٣٦٠) - فيض القدير (٢/ ٩٩).

(٢) ينظر: مرقاة المفاتيح (٧/ ٣١٠٥) - إكمال المعلم (٨/ ٣١) - الكاشف، الطيبي (١/ ٣١٧٨).

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، باب ظلم المسلم وخذله برقم (٢٥٦٤) (٤/ ١٩٨٦).

(٤) ينظر: التشويق الطبي، صاعد بن الحسن ص٧٧ - في بيان الحاجة إلى الأطباء، الشيرازي ص١٥٨.

(٥) التشويق الطبي، صاعد بن الحسن ص٨٤.

عليه السؤال؛ لأن المريض ربما تعذر عليه الإخبار بما هو فيه ؛لجهله به أو لشغله بقوة ألمه، وإن كان الطبيب عارفاً بالمرض الذي هو فيه أكثر منه، فيتأنى عليه مع ذلك....، فيتعين عليه أن يسمع كلام المريض إلى آخره، فلعل آخره ينقض أوله، أو بعضه،ولربما غلط المريض في ذكر حاله،أو عجز عن التعبير عنه"(١).

سابعاً : العدل، والمساواة، وعدم المحاباة :

الطبيب يتعامل مع أصناف متعددة من الناس، وقد تختلف توجهاتهم، وتتباين صِلَاتهم، فمنهم القريب، ومنهم البعيد، ومنهم الموافق، ومنهم المخالف، ومنهم صاحب الجاه، ومنهم المغمور، فالواجب على الطبيب أن يتجنب المحاباة، وأن يساوي بين الجميع في الرعاية والاهتمام، " وألَّا يتكبر على الفقير، ولا يمتنع عن استماع كلامه، ولا يفرق في المداواة بين الغني والفقير "(٢)، " ولا يستنكف عن مداواة من قد أنهكته الأعلال، وكثرت به الجراحات، استقذاراً له وأنفة منه "(٣)، " ولا يحمله حب الغلبة أن لا يدخل تحت الحق، فإن المنصف من كان الحق صديقه في أي جهة كان "(٤).

والعدل قد أمر الله به عباده فقال سبحانه : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ﴾ [المائدة: ٨]، فالعدل " واجب على كل أحد، في كل أحد، على كل حال"(٥).

---

(١) المدخل، ابن الحاج (٤/ ١٣٦).
(٢) في بيان الحاجة إلى الأطباء ص١٣٢.
(٣) المصدر السابق ص١٧١.
(٤) التشويق الطي، صاعد بن الحسن ص٨٣ - ٨٤.
(٥) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير (٢/ ١٢).

ثامناً: الصبر والتحمل:

الطبيب يحتاج إلى أن يتحلى بالصبر والتحمل، وأن يكون" طويل الروح، غير ملول، ولا ضجر"(١)، فالطبيب مهمته عظيمة، وأعباؤه ثقيلة، وهو كثير الاحتكاك بالمرضى، وقد يواجه ضجراً وتسخطاً من بعضهم، وقد يُسْتَدعى في أوقات مختلفة، وقد تعسر عليه بعض الإجراءات الطبية، وتطول مدتها، فهو مع ذلك بحاجة إلى أن يكون صابراً، متحملاً(٢)، وقد أمر الله عباده بالصبر فقال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱسۡتَعِينُواْ بِٱلصَّبۡرِ وَٱلصَّلَوٰةِۚ إِنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ﴾ [البقرة: ١٥٣]، وقد جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (المؤمن الذي يخالط الناس ويصبر على أذاهم أعظم أجراً من الذي لا يخالط الناس ولا يصبر على أذاهم)(٣).

تاسعاً: حفظ العورات، وغض البصر:

جاءت الأدلة الشرعية بالحث على حفظ العورات فقال تعالى: ﴿قُل لِّلۡمُؤۡمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِمۡ وَيَحۡفَظُواْ فُرُوجَهُمۡۚ ذَٰلِكَ أَزۡكَىٰ لَهُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ

---

(١) التشويق الطبي، صاعد بن الحسن ص٦٧ - في بيان الحاجة إلى الأطباء، الشيرازي ص١٥٢.

(٢) ينظر: الأسس الأخلاقية للمهن الصحية، رزق الله ص٤٦- موسوعة أخلاقيات مهنة الطب (٢/ ٩١) - الموسوعة الطبية الفقهية (١/ ١٢٠) - أخلاقيات الطبيب المسلم، نبيلة الحسن ص٩٩٥.

(٣) أخرجه البخاري في الأدب المفرد، باب الذي يصبر على أذى الناس برقم (٣٨٨)، وأحمد في مسنده برقم (٥٠٢٢)، والترمذي في سننه، أبواب صفة القيامة والرقائق، باب في فضل المخالطة مع الصبر برقم (٢٥٠٧)، وابن ماجة في سننه، أبواب الفتن، باب الصبر على البلاء برقم (٤٠٣٢)، والطبراني في الكبير برقم (١٣٧٦٦)، والبيهقي في الكبرى برقم (٢٠٦٦٩)، وحسن إسناده ابن حجر، وصححه الألباني. ينظر: الأدب المفرد ص١١٠ - مسند أحمد (٩/ ٦٤) - سنن الترمذي (٤/ ٢٤٣) - سنن ابن ماجة (٥/ ١٦٠) - المعجم الكبير (١٣/ ١١٢) - السنن الكبرى، البيهقي (١٠/ ٨٩) - فتح الباري (١٠/ ٥١٢) - السلسلة الصحيحة، (٢/ ٦١٥).

خَبِيرٌۢ بِمَا يَصۡنَعُونَ ﴿٣٠﴾ وَقُل لِّلۡمُؤۡمِنَٰتِ يَغۡضُضۡنَ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِنَّ وَيَحۡفَظۡنَ فُرُوجَهُنَّ﴾ [النُّور: ٣٠-٣١].

وفي الحديث أن النبي ﷺ قال: (لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولا المرأة إلى عورة المرأة.....)(١)، وقد نبه ﷺ بنظر الرجل إلى عورة الرجل على نظره إلى عورة المرأة، وذلك بالتحريم أولى، فهو حرام بالإجماع(٢).

وقد أجمع العلماء على وجوب ستر العورة عن أعين الناظرين(٣).

مما سبق يتبين أن الطبيب يجب عليه الالتزام بحفظ العورات، وعدم النظر إلى ما لا يحل له النظر إليه، وما لا تدعو الحاجة أو الضرورة إليه، فإن قامت الضرورة، أو الحاجة المنزلة منزلتها جاز للطبيب مداواة المرأة الأجنبية، وجاز لها مداواة الرجل الأجنبي، لكن يقدر ذلك بقدره فيما يتعلق بالنظر، والجس باليد، ويكون مقيداً بعدم الافتتان(٤).

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحيض، باب تحريم النظر إلى العورات برقم (٣٣٨) (١/ ٢٦٦).

(٢) ينظر: شرح النووي على مسلم (٤/ ٣٠).

(٣) ينظر: شرح ابن بطال على صحيح البخاري (١ / ٣٩٥) - الذخيرة (٢/ ١٠١) - الكواكب الدراري (٣/ ١٤٥) - التوضيح، ابن الملقن (٤/ ٦٣٨) - فتح الباري، ابن رجب (٢/ ١٧١).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ١٧) - البناية (٦/ ٣٤٥)-حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٧٠) - إكمال المعلم (٢/ ١٨٦) - التاج والإكليل (٢/ ١٨١) - الفواكه الدواني (٢/ ٢٧٧) - فتح الباري، ابن حجر (١٠/ ١٣٦) - روضة الطالبين (٧/ ٢٩) - مغني المحتاج (٤/ ٢١٥) - المغني (٧/ ١٠١) - الفروع (٨/ ١٨٣)- كشاف القناع (٥/ ١٣).

المطلب الثاني

التزامات المريض في العقد الطبي

وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : الالتزام بدفع العوض للطبيب.

الفرع الثاني: الالتزام بمعاونة الطبيب، وتزويده بالمعلومات المهمة.

الفرع الثالث : الالتزام بتنفيذ الإجراءات التنظيمية، واتباع التعليمات الطبية.

الفرع الرابع : الالتزام بتوفير وسائل الوقاية.

الفرع الأول
الالتزام بدفع العوض للطبيب

من أهم آثار العقد الطبي المتعلقة بالمريض أن يلتزم دفع العوض للطبيب ؛ ذلك أن الأطباء يستحقون عوضهم بتسليم أنفسهم، واستيفاء منفعتهم، أو انتهائهم من عملهم الطبي المطلوب منهم.

وقد قرر الفقهاء رحمهم الله أن أجرة الأجير عموماً تستحق باستيفاء المنفعة، فإن كان أجيراً خاصاً استحق الأجرة بتسليم نفسه وعدم امتناعه عن العمل، وإن كان أجيراً مشتركاً استحق أجره بتسليم العمل الذي في ذمته(١)، وعليه فإن الطبيب إن كان أجيراً خاصاً استحق أجره بتسليم نفسه، وعدم امتناعه عن العمل، وأما إن كان أجيراً مشتركاً فإنه يستحق أجره بتسليم العمل الطبي الذي في ذمته.

وأما إن كان العقد بين الطبيب والمريض قد جرى على بيع الأدوية أو الحقوق الطبية ونحوها فإن تسليم الثمن للطبيب من أهم الالتزامات الواقعة على المريض.

وحيث إن الأجرة هي العوض الأهم في العقد الطبي فقد دلت الأدلة على أهمية الالتزام بدفعها، ومنها :

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٥، ٢٠٤، ٢١١) - الهداية (٣/ ٢٣٢، ٢٤٣) - البحر الرائق (٧/ ٣٠١) - البيان والتحصيل (١٥/ ٤٢٩)- مواهب الجليل (٥/ ٣٩٥، ٤٣١) - الشرح الكبير (٤/ ٤، ٢٨) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٧، ٢٤٧) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥، ٤٣٢) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧) - الإنصاف (٦/ ٧٠-٧٢) - كشاف القناع (٤/ ١١، ٣٢-٣٣) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٢٦، ٦٣٧، ٦٧٤، ٦٧٨).

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطّلَاق : ٦].

وجه الدلالة: "أن الأجرة إنما تستحق بالفراغ من العمل، ولا تستحق بالعقد؛ لأنه أوجبها بعد الرضاع"(١)، مما يدل على أنه يلزم المستأجر دفع الأجرة عند استيفاء المنفعة، ومن ذلك دفعها للطبيب عند استيفاء المنفعة منه(٢).

الدليل الثاني : عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : (قال الله : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره)(٣).

وجه الدلالة : أن الله نهى عن استيفاء منفعة الأجير بغير عوض، وأمر بالمبادرة في إعطاء الأجير أجره(٤)، مما يدل على أن الأجرة من أهم آثار عقد الإجارة ومقتضياته، وأن الأطباء ومساعديهم إذا انتهوا من أداء المهمات المتعلقة بهم كان المريض مستوفياً منفعته منهم، فحرم عليه منعهم الأجرة(٥).

الدليل الثالث : أن الأصول موضوعة على أن تسليم المُعَوَّض يوجب تسليم العوض؛ ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض، فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر،كالبيع إذا سُلِّم المبيع فيه وجب تسليم الثمن، وكالنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق، كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة وجب تسليم

---

(١) أحكام القرآن، الجصاص (٥/ ٣٦٠). وينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١) - الذخيرة (٥/ ٣٨٦).

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤٢٠.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٢٣٥.

(٤) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٣٥) - بدائع الصنائع (٤/ ١٧٤) - فيض القدير (١/ ٥٦٢) – تكملة المجموع (١٥/ ١٧).

(٥) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤٢٠.

الأجر[١].

وبذلك يتبين أن الأساس في وجوب الأجرة على المريض هو أداء الطبيب للعمل المتفق عليه، أو استيفاء منافعه في المدة المحددة[٢].

وهذا عندما تقع الإجارة مطلقة دون شرط تعجيل أو تأجيل، أما إن اتفق الطبيب والمريض على تقديم الأجرة قبل المنفعة أو تأخيرها بعد استيفاء المنفعة أو أدائها مقسطة أو منجمة فلا حرج في ذلك كله[٣]

ومن تطبيقات ذلك في العقد الطبي ما يلي:

أ - أن طبيب الفحص يستحق أجرته بعد انتهاء مهمة الفحص والتشخيص.

ب - أن أخصائي المختبر يستحق أجرة التحاليل الطبية بعد قيامه بالتحاليل المطلوبة، وكتابة التقارير عن نتيجة تحليلها.

ج - أن أخصائي التخدير يستحق الأجرة بعد انتهائه من آخر مرحلة من مراحل مهمة التخدير الجراحي، والتي تتمثل في إفاقة المريض بعد انتهاء العمل الجراحي.

د - أن الطبيب الجراح يستحق الأجرة بعد انتهاء مهمته الجراحية، وذلك بخياطة الجرح وإغلاقه، ولا يستحق أجرته كاملة في حال عدم التمكن من إكمال الجراحة لموت المريض، ويكون له من الأجرة بقسطها[٤].

---

(١) ينظر: الحاوي (٣٩٦/٧) - تكملة المجموع (١٨/١٥).

(٢) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٢٧٤.

(٣) سبق الكلام على أحكام تأجيل الأجرة وتعجيلها وتنجيمها في الفصل الثاني من هذا الباب ص٤٤٠ وما بعدها

(٤) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤١٩ - القواعد الفقهية للمسائل الطبية، آل الشيخ ص٥٣٣.

الفرع الثاني

الالتزام بمعاونة الطبيب وتزويده بالمعلومات المهمة

من الالتزامات الواجبة على المريض أن يتعاون مع الطبيب، وأن يزوده بالمعلومات المهمة، والتي تؤثر على العمل الطبي، فعلى المريض أن يطلع طبيبه على كل العناصر التي ستساعده في العلاج، وأن يحدد له موضع الألم من جسده، وأن يصف له الأعراض التي يشعر بها ؛ ذلك أن المريض أعلم بما يضره، وأقدر على التعبير عن الألم الذي يحس به(١).

وقد أورد الفقهاء نصوصاً تدل على أن المريض هو الذي يُقَدِّر مدى الألم الناتج عن المرض الذي أصابه، وموضع هذا الألم، ومن ذلك قول ابن قدامة رحمه الله : " ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه ؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة، فجاز الاستئجار على فعلها.....، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرراً، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك، وصاحب الضرس أعلم بمضرته، ومنفعته، وقدر ألمه "(٢).

وهذا الالتزام يجب على المريض بمقتضى العقد الطبي، ومما يدل على أهميته ما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١].

---

(١) ينظر: العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص٢٤٨.

(٢) المغني (٥/ ٤٠١). وينظر: تكملة المجموع (١٥/ ٨٢) - الشرح الكبير، ابن قدامة (٦/ ٧٢) - كشاف القناع (٤/ ١٤) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٥).

وجه الدلالة : أن الله أمر بالوفاء بالعقود، ويشمل ذلك كل ميثاق واثقه الإنسان، وكل عقد عاقده، فكل ما التزمه الإنسان وجب عليه الوفاء به[١]، والمريض أحد العاقدين فيجب عليه الوفاء بالعقد، ومن الوفاء بذلك أن يلتزم المريض بمعاونة الطبيب، وأن يزوده بالمعلومات المهمة.

الدليل الثاني : قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المَائدة: ٢].

وجه الدلالة : أن الله أمر المسلمين أن يتعاونوا على العمل بما أمر الله به، وترك ما نهى عنه، سواءً كان من حقوق الله، أو من حقوق الآدميين، فكل قول أو فعل يعين على ذلك فهو مأمور به[٢]، ومعاونة المريض للطبيب داخلة في ذلك.

الدليل الثالث : عن تميم الداري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الدين النصيحة)، قلنا: لمن؟ قال : (لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم)[٣].

وجه الدلالة : في الحديث دلالة على وجوب النصح لكافة المسلمين، وتعريفهم بما يجب عليهم ولهم في أمر دينهم ودنياهم، والتحذير من غشهم[٤]، والمريض قد التزم مع الطبيب بعقد، فوجب عليه

---

(١) ينظر: جامع البيان، الطبري (١٧/ ٢٨١) - المحرر الوجيز (٣/ ٤١٧).

(٢) ينظر: جامع البيان، الطبري (٩/ ٤٩٠) - الجامع لأحكام القرآن (٦/ ٤٦) - تفسير السعدي ص٢١٨.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٦٣٣.

(٤) ينظر: إكمال المعلم (٦/ ٢٣١) - شرح النووي على مسلم (٢/ ٣٩، ١٦٦) - فتح الباري، ابن حجر (١/ ١٣٨) (١٣/ ١٢٨) - جامع العلوم والحكم (١/ ٢٢٣).

البيان والمعاونة[١]، والنصح واجب في الصنائع كلها، والطب من أهم الصنائع التي ينبغي النصح فيها.

الدليل الرابع: أن القاعدة " أن ما لا يتم الواجب إلَّا به فهو واجب"[٢]، ووجه ذلك: أن الطبيب إذا كان يجب عليه العمل بمقتضى العقد الطبي فإن عمله لا يتم إلَّا بصدق المريض وإخباره بموضع الألم، وكل ما يتوقف عليه العمل الطبي.

الدليل الخامس: أن من أخفى عنصراً هاماً، أو سبباً من أسباب مرضه، وترتب على ذلك وقوع الطبيب في خطأ فإن الفقهاء المسلمين رتبوا على ذلك عدم ضمان الطبيب؛ لأن المريض قد ارتكب غشاً بإخفاء هذه العناصر والأسباب، ولأن قيام الطبيب بإجراء أي عمل جراحي، أو طبي على جسم المريض مقيد بالإذن، وعدم مجاوزة الحد، والفعل الواجب لا يجامعه الضمان[٣].

---

(١) ينظر: أحكام عقد العلاج، حلبية ص٢٤٦.

(٢) هذه القاعدة من القواعد الأصولية المهمة التي ينبي عليها فروع كثيرة. ينظر: التقرير والتحبير (١/ ٣٩٩) - الضروري في أصول الفقه ص١٠ - الفروق، القرافي (١/ ٣٠٢) - الإحكام، الآمدي (١/ ١٥٢) - الأشباه والنظائر، السبكي (٢/ ٩٠) - القواعد، ابن اللحام (١/ ٣١٥) - شرح الكوكب المنير (١/ ٣٥٩-٣٦٠).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٥) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ٢٣٦) - البحر الرائق (٨/ ٣٣) - العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص٢٤٨.

الفرع الثالث

الالتزام بتنفيذ الإجراءات التنظيمية، واتباع التعليمات الطبية

مما ينبغي على المريض أن يلتزم بتعليمات الطبيب في جميع مراحل العلاج ؛ ذلك أن المريض أحد طرفي العقد، وقد دخل فيه بإرادته ورغبته، فينبغي عليه أن يلتزم ما ترتب على العقد المبرم بينهما.

والمريض ينسب إليه الإضرار بنفسه " إذا خالف الطبيب، واتبع شهواته، ولم يمتثل ما يأمره به.....، أو قصر وعجز عن قبول أمر الطبيب، أو عن بعضه "[١].

فالواجب على المرضى أن يتبعوا تعليمات الأطباء، وأن ينفذوا ما يأمرونهم به، وألّا يخالفوهم، والمريض متى أطاع الطبيب، واتبع إرشاداته رجيت له العافية، وإن خالفه امتد مرضه، وعسر علاجه[٢].

وقيام المريض بتنفيذ الإجراءات التنظيمية، واتباع التعليمات الطبية داخل في وجوب الوفاء بالعقود الذي أمر الله تعالى به في قوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

وقد تبين أن من أبرز خصائص العقد الطبي أن الالتزامات فيه متقابلة، وأن هذه الالتزامات يجب أداؤها، ويمتنع الإخلال بها، وقد

---

(١) التشويق الطبي، صاعد الحسن ص١١٤ - في بيان الحاجة إلى الأطباء، الشيرازي ص٢٣١.

(٢) ينظر: أدب الطبيب، الرهاوي ص١٩٦، ٢٠٢.

جاء في حديث عمرو بن شعيب رضي الله عنه عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[١]، فأثبت هذا الحديث مسؤولية الطبيب عندما يكون جاهلاً، ويتعاطى علماً لا يعرفه، وصنعة لا يحسنها[٢]، فدل على أن التزام الطبيب بمسؤوليته يعد أصلاً لسائر التزاماته الأخرى.

وعليه فإن المريض إذا أهمل في اتباع تعليمات الطبيب، أو تعمد عدم اتباعها فقد أخلَّ بالتزامات العقد الطبي، وبناءً عليه فإنه يحق للطبيب أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بشرط أَلَّا يترتب على ذلك إضرار بالمريض، شأن العقد الطبي في ذلك شأن بقية العقود الملزمة للجانبين، حيث يجوز أن يمتنع أحد طرفي العقد عن تنفيذ التزاماته إذا امتنع الطرف الآخر عن ذلك[٣].

على أن هذا الالتزام إنما يجب على المريض إذا تحققت فيه الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون له صلة بالعقد الطبي المبرم بين المريض والطبيب؛ لأن المريض ملزم بمقتضى العقد باتباع نصائح الطبيب وإرشاداته الطبية المتعلقة بمحل العقد الطبي.

الشرط الثاني: أن يكون متفقاً مع أحكام الشريعة، غير مخالف للأصول المهنية المرعية الثابتة في المجال الطبي؛ لأن الطبيب إن طلب من المريض فعلاً محرماً لم يجب عليه التزامه؛ لأن المحرم لا يصح

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٧٠.

(٢) ينظر: معالم السنن (٤/٣٩) - بهجة قلوب الأبرار، السعدي ص١١٧.

(٣) ينظر: عقد العلاج الطبي، رشدي ص١٢٥ - ١٢٦.

التعاقد عليه، ومثل ذلك إذا كان ما طلبه الطبيب غير موافق للأصول الطبية.

الشرط الثالث : أن يكون المريض قادراً على تنفيذ التعليمات الطبية، والإجراءات التنظيمية ؛ لأنه إذا لم يكن قادراً لم يجب عليه التزام ذلك، والله يقول : ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٦]، فإن كان التزام ذلك قد يعرضه للخطر، أو يؤذيه في نفسه أو بدنه لم يجب عليه التزامه[١].

---

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص٩٩ - الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٢٤٥ - ٢٤٧ - التزامات العامل ورب العمل، خليل حامد ص٣٤- ٣٥.

الفرع الرابع
الالتزام بتوفير وسائل الوقاية والعلاج

من الالتزامات التي تقع على المريض أن يقوم بتوفير وسائل الوقاية والعلاج للطبيب، حتى يتمكن الطبيب من أداء عمله الطبي.

وهذا الالتزام يجب على المريض في الأحوال التالية :

الحالة الأولى : إذا كانت العادة قد جرت بأن توفير وسائل الوقاية والعلاج يكون على المريض ؛ لأن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة كل بلد، ولأنه إذا لم يرد شيء يضبط الحكم من جهة اللغة، ولا من جهة الشرع فإنه يرجع فيه إلى العرف.

الحالة الثانية : إذا كان قد بُيِّن في العقد، أو شرط فيه أن توفير وسائل الوقاية والعلاج تكون على المريض فإنها تكون عليه ؛ لأن الشرط مما يجب الوفاء به، وقد جاء في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال : (المسلمون على شروطهم)[(١)][(٢)].

وهذا الالتزام يستند إلى ما يلي :

أولاً : ما أمر الله به عباده من المحافظة على المقاصد الضرورية التي تتحقق بها مصالح العباد، فقد أمر الله عباده بالمحافظة على

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

(٢) ينظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٩) - البناية (١٠/ ٢٩٤) - روضة الطالبين (٥/ ٢٠٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٨)- مغني المحتاج (٣/ ٤٦٧) - المغني (٥/ ٤٠٠) - المبدع (٤/ ٤٣٦) - كشاف القناع (٤/ ١٤).

الأنفس، والسعي في صيانتها وسلامتها، ورغب في الأعمال التي تحصل ذلك إيجاباً، أو ندباً، أو إباحة، ونهى عما قد يعرضها للتلف، أو الضرر، كما أمر الله عباده بالمحافظة على الأموال، باستخدام الوسائل المحققة لذلك، والابتعاد عما يعود عليها بالضرر أو الإفساد، فكل وسيلة تكون سبباً في حفظ النفس، أو المال فهي مشروعة، وكل وسيلة تؤدي إلى إتلاف الأنفس أو الأموال فهي ممنوعة، والتزام المريض بتوفير وسائل الوقاية والعلاج ما هو إلَّا وسيلة في سبيل تحقيق الحفاظ على الأنفس والأموال، وعدم إهدارها(١).

ثانياً : ما تقدم من اعتبار العرف، والشرط، وأن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة كل بلد، وأن ما كان مشروطاً في العقد وجب الوفاء به.

فإن كان قد شرط ذلك على الطبيب، أو جرى به العرف فهو عليه.

---

(١) ينظر: الموافقات، الشاطبي (١٨/٢) - مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، محمد حبيب ص٢٣٦ - ٢٣٧، ٢٤٩ -٢٥١ - حقوق صاحب العمل في نظام العمل السعودي، صقر الربع ص١٣٤ - ١٣٨.

المبحث الثاني

حقوق العاقدين في العقد الطبي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حقوق الطبيب في العقد الطبي.

المطلب الثاني : حقوق المريض في العقد الطبي.

المطلب الأول

حقوق الطبيب في العقد الطبي

وفيه ستة فروع :

الفرع الأول : حق الطبيب في أخذ العوض.

الفرع الثاني : حق الطبيب في تحديد ساعات العمل.

الفرع الثالث : حق الطبيب في الراحة الأسبوعية، والتمتع بالإجازات.

الفرع الرابع : حق الطبيب في النقل والسكن.

الفرع الخامس : حق الطبيب في التعويض عن إصابات العمل.

الفرع السادس : حق الطبيب في توفير وسائل التدريب والتعليم والتأهيل الطبي له.

الفرع الأول

حق الطبيب في أخذ العوض

حصول الطبيب على العوض في العقد الطبي يعتبر من حقوقه الأساسية، وهو المقابل لما يبذله من منفعة طبية للمريض، وهذا الحق للطبيب لا يتعارض مع سمو مهنته، ونبل عمله، بل هو حق مكفول له[(١)]، وقد ترجح سابقاً جواز أخذ الطبيب للعوض.

وحق الطبيب في أخذ العوض أثبته الفقه الإسلامي باعتباره أثراً مترتباً على العقد الطبي بين الطبيب والمريض، وأكد على أهميته الأطباء، واعتبرته القوانين والأنظمة، فكان الأطباء تخصص لهم مرتبات شهرية تتناسب مع شهرتهم، وعلمهم، وكفاءتهم[(٢)].

على أنه ينبغي للطبيب أن يأخذ بعين الاعتبار في استحقاقه للعوض نوع الخدمة التي يقدمها للمريض، وحالة المريض الاجتماعية والمادية، والمستوى المتعارف عليه في المجتمع الذي يعمل فيه[(٣)].

جاء في المدخل لابن الحاج : " وينبغي للطبيب أن ينظر في حال

---

(١) ينظر: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مأمون ص٨٧ - الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٢٩٥ - عقد العلاج الطبي، الزامل ص٩٨.

(٢) ينظر: عقد العلاج، مأمون ص٨٧ - عقد العلاج، رشدي ص١٢٥ - أحكام عقد العلاج، حلبية ص٣٩٠ - عقد العلاج، الزامل ص٩٧ - السلوك المهني للأطباء، التكريتي ص١٦٥ - آداب الطبابة، الدجاني ص٣١ - السلوك الطبي للأطباء، الحاج ص١٦٨ - ١٧٣ - لمحات عن التراث الطبي العربي، مرسي، ص٨٣.

(٣) ينظر: آداب الطبابة، الدجاني ص٣١.

المريض، فإن كان ملياً أعطاه من الأدوية ما يليق بحاله، وإن كثرت النفقة فيها، وإن كان فقيراً أعطاه من الأدوية ما تصل قدرته إليه من غير كلفة ولا مشقة"(١).

وحيث إن العوض حق للطبيب فإنه ينبغي أن تتحقق فيه الأمور التالية(٢) :

أ - أن يعرف الطبيب قدر العوض الذي يأخذه، وقد جاء في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : (أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره)(٣)، وإعلام الأجير ومنه الطبيب قدر أجره فيه طيبة لنفسه، وإقناع له، وسد لباب التشاجر(٤).

ب - أن يكون هناك تكافؤ بين عمل الطبيب وعوضه، بحيث يعطى من العوض ما يناسب عمله وجهده، وهذا مما يستحب وينبغي تحققه في العقد الطبي.

ج - عدم الانتقاص من عوض الطبيب، حيث أمر الله سبحانه بإيتاء الناس حقوقهم، وعدم بخسهم فقال سبحانه : ﴿وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، فمن حق الطبيب ألَّا ينقص من عوضه الواجب له، وهو في الجملة مما يتوقف على التراضي بين الطرفين.

---

(١) المدخل، ابن الحاج (٤/ ١٣٥)، ومقصوده مراعاة حال المريض ؛ حيث إن الأدوية تتفاوت في أسعارها، وليس مقصوده عدم النصح في علاج المريض إذا كان فقيراً.

(٢) ينظر: حقوق الأجير، الروكي ص٥٤، وليس المراد بتحققها أن ذلك كله من قبيل الوجوب، بل بعضها قد يكون واجباً، وبعضها مستحباً.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص١٩٠.

(٤) ينظر: التنوير شرح الجامع الصغير، الصنعاني (١/ ٥٥١)

د - أن يُمَكَّنَ الطبيب من أخذ عوضه، وألا يمنع حقه، أو يحرم أجره، وقد دلت الأدلة على اعتبار ذلك، ومنها حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره)(١).

هـ - عدم تأخير العوض عن الطبيب، فمن حق الطبيب أن يستلم عوضه حالاً غير مؤجل، مالم يحصل التوافق بين الطبيب والمريض على خلاف ذلك، حيث جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما: (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)(٢).

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٢٣٥.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٢٣٥.

الفرع الثاني

حق الطبيب في تحديد ساعات العمل

من الحقوق المقررة للطبيب أن تحدد له ساعات العمل ؛ لأن ذلك من مقتضيات العقد ولوازمه، ولأن تحديده ينفي وقوع الخلاف بين طرفي العقد،ومن أمثلة التحديد التي ذكرها الفقهاء أن يحدد العمل للأجير باليوم، أو بالنهار، فاليوم مقدار معروف من طلوع الشمس إلى غروبها فلا يدخل في ذلك الفجر والمغرب، وإن تعارف الناس على أن اليوم يشمل العمل إلى العصر أو أقل أو أكثر عُمِل بعرفهم في ذلك[(١)].

وبذلك يتبين أن تحديد ساعات عمل الطبيب تكون بإحدى طريقتين :

الطريقة الأولى: الاتفاق بين طرفي العقد، سواءً اتفقوا على التحديد باليوم، أو بنوع الجراحة، أو بغيرها

الطريقة الثانية: العمل بما جرت به العادة والعرف، كتحديد أجرة طبيب الأسنان بالجلسة، أو بنوع العمل الطبي، أو تحديد الأجر في الجراحة بنوعها، ونحو ذلك.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ٣٣٥) - المحيط البرهاني (٧/ ٤٠٩) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٦) - المدونة (٣/ ٤٤٥) - الذخيرة (٥/ ٤٢٤) - مواهب الجليل (٤/ ٢٠٨) - البيان (٧/ ٣٥٠) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٦) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٦) - المغني (٥/ ٣٢٦) - الشرح الكبير (٦/ ٥١) - حاشية الروض المربع (٥/ ٢٩٦).

وإذا عمل الطبيب فوق الساعات المحددة له بإحدى الطريقتين السابقتين فعمله له حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون العمل الزائد بتكليف من الجهة التي يعمل الطبيب عندها، ويرضى الطبيب بذلك العمل الزائد فإنه يصبح لازماً عليه، ويستحق أجراً إضافياً عنه، ويعتبر ذلك الأجر الإضافي جزءاً من أجرته، أما إن كلف الطبيب بالعمل بغير رضاه فإنه يجب له أجر المثل.

الحالة الثانية: أن يعمل الطبيب العمل الزائد عن المتفق عليه بلا تكليف من صاحب العمل، فإن كان ذلك العمل ضرورياً وكان تركه يؤدي إلى ضرر في الأنفس أو في الأبدان وتعذر على الطبيب أخذ إذن المريض استحق الأجر الإضافي وهو أجر المثل، وأما إن كان العمل الذي قام به الطبيب غير ضروري، أو كان ضرورياً وكان يمكنه أخذ إذن المريض فلم يفعل لم يستحق أجرة إضافية على عمله ذلك[١].

وهذا مبني على ما ذكره الفقهاء في التفريق بين الضرورة وغيرها، وبين وجود الإذن وعدمه[٢].

وفي ذلك يقول ابن قدامة رحمه الله: " إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى مكة أو غيرها إلى صاحب له، فحمله، فوجد صاحبه غائباً، فرده، استحق الأجر بحمله في الذهاب والرد؛ لأنه حمله في الذهاب بإذن

(١) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص١٧١ - ١٧٣ - أحكام أجر العامل ص٧٧.

(٢) ينظر: المبسوط (١٥/ ٢٩٩) - المحيط البرهاني (٧/ ٥٩٨) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠)- الشامل (٢/ ٧٨٤) - التاج والإكليل (٧/ ٥٥٢) - الشرح الكبير (٢/ ١١١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٦٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣٨) - تحفة المحتاج (٦/ ١٦٥) - المغني (٥/ ٣٧١/ ٤١٥) - الفتاوى الكبرى، ابن تيمية (٥/ ٥٣١) - قواعد ابن رجب ص٤٥٣ - كشاف القناع (٤/ ١٩) - المحلى (١١/ ٢١٩).

صاحبه صريحاً، وفي الرد تضميناً؛ لأن تقدير كلامه: وإن لم تجد صاحبه فرده "[١].

ويدل على ما سبق ما يلي:

أولاً: أن النبي ﷺ وَجَّه بإعانة الخدم عند تكليفهم ما يغلبهم فقال: (إخوانكم خولكم[٢]، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم)[٣]، وقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يكلف الخادم من العمل مالا يطيقه، فإن كان ذلك لزم سيده إعانته بنفسه أو بغيره[٤]، وإذا كانت الإعانة واجبة في حق العبد المملوك فإنها في حق الطبيب المتعاقد معه أولى.

ثانياً: أن الطبيب إذا دخل في العقد الطبي عالماً بالساعات الزائدة راضياً بها وجب عليه التزام ذلك بمقتضى العقد الطبي، وقد أمر الله بالوفاء بالعقود فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

ثالثاً: أن الطبيب قد يزيد على الساعات المتعاقد عليها في حال الضرورة، ولو مع عدم تحقق الإذن؛ لأن الفقهاء متفقون على أنه يجب

---

(١) المغني (٥/ ٤١٥).

(٢) خولكم: الخول: حشم الرجل وأتباعه، ويقع على العبد والأمة، وهو مأخوذ من التخويل وهو التسخير والتمليك وإصلاح الأمور. ينظر: مطالع الأنوار (٢/ ٤٨١).

(٣) الحديث أخرجه البخاري بلفظه في صحيحه، كتاب الإيمان، باب المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلَّا بالشرك برقم (٣٠)، ومسلم بنحوه في صحيحه، كتاب الإيمان، باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس برقم (١٦٦١). ينظر: صحيح البخاري (١/ ١٥) - صحيح مسلم (٣/ ١٢٨٢).

(٤) شرح النووي على مسلم (١١/ ١٣٣).

على المسلم شرعاً إنقاذ الآدمي معصوم الدم بكل وسيلة ممكنة[١]، وأن الحاجة إذا دعت إلى التصرف في مال الغير أو حقه، وتعذر استئذانه،إما : للجهل بعينه، أو لغيبته ومشقة انتظاره، فإن الإقدام على هذا التصرف مباح جائز[٢].

---

(١) ينظر: شرح التلقين (٣/ ١٢٣) - الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٢٢٦) - الشرح الكبير (٢/ ١١١) - نهاية المطلب (٧/ ١٧١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٦٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣٨)- الفتاوى الكبرى، ابن تيمية (٥/ ٥٣١) - إعلام الموقعين (٢/ ٢٩٨) - القواعد، ابن رجب ص٤٥٣ - المحلى (١١/ ٢١٩).

(٢) القواعد، ابن رجب ص٤٥٣.

الفرع الثالث

حق الطبيب في التوقف عن العمل، والتمتع بالراحة والإجازات

يحق للطبيب، سواءً كان أجيراً خاصاً أو مشتركاً التوقف عن العمل الطبي المتفق عليه دون أن ينقص من عوضه شيئاً في الأحوال الآتية :

أ - التوقف للعبادة :

يجب على الطبيب وغيره من الممارسين الصحيين أن يتوقفوا عن العمل الطبي متى لزمهم واجب شرعي لا يسوغ تأخيره، كأداء الصلوات الخمس المكتوبة[١]، وما تستلزمه من طهارة، وكتجهيز جنازة، والصلاة عليها ؛ وذلك لأن أمر الله ﷻ مقدم على ما سواه، ولأنه معلوم من حال المسلم أنه يؤدي الواجب في وقته، ولأن التوقف للعبادة الواجبة مستثنى بالشرع فكان بمنزلة المستثنى بالشرط[٢].

---

(١) وقع خلاف بين الفقهاء في صلاة الجمعة هل يعتبر شهودها عذراً يسوغ ترك العمل، وهل يستحق العوض إذا ترك العمل وذهب لها ؟ فذهب الحنفية إلى أن شهود صلاة الجمعة عذر يسوغ ترك العمل، فإن كان المسجد قريباً ولم تأخذ الصلاة من وقته كثيراً استحق عوضه كاملاً، وإن كان بعيداً واستهلكت الصلاة من وقته كثيراً فيسقط من الأجر بمقدار تغيبه، ويكون مقدار القلة والكثرة بمقدار ربع النهار، وذهب الشافعية في قول إلى أنه لا يعتبر شهود الجمعة عذراً مسوغاً ترك العمل، ويسقط من عوضه بمقدار شهودها، وذهب الشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم إلى أن شهود الجمعة عذر يسوغ ترك العمل، وأن عوضه مستحق على مستأجره ؛ لأن وقت الصلاة مستثنى شرعاً. ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٧) - تحفة المحتاج (٦/ ١٤٥) - نهاية المحتاج (٥/ ٢٨٢) - المبدع (٤/ ٤٠٨) - الإنصاف (٦/ ٧٢) - شرح المنتهى (٢/ ٢٥٦).

(٢) ينظر: المبسوط (١٦/ ٩٩) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٦-٤١٧)=

ب - التوقف للعرف :

يحق للأجير التوقف في كل موضع جرى العرف بتوقف الأجراء فيه، كالتوقف للراحة، وللأكل والشرب، والتوقف عند انتهاء فترة العمل، ولقضاء الحاجة، ونحوها ؛ لأن العرف في ذلك قد جرى بالتوقف عن العمل، والأصل في الإجارة إذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف، والقاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[(١)].

ج - التوقف للشرط في العقد :

إذا كان الطبيب قد اشترط في العقد الطبي أن يتوقف عن العمل الطبي مدة معينة، ورضي المريض بذلك، فإنه يحق له أن يتوقف فيها ؛ لأن ذلك داخل في الوفاء بالعقود والشروط المأمور به في قوله ﷻ : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المَائدة: ١]، وقوله ﷺ : (المسلمون على شروطهم)[(٢)]، فتوقف الطبيب لكونه قد اشترط ذلك في العقد توقف صحيح وهو حق له.

د - التوقف للضرورة :

يحق للطبيب التوقف عن العمل الطبي في كل حال تدعو فيه

= - المدونة (٣/ ٤٤٥) - المنتقى (٣/ ٢٩٥) - منح الجليل (٧/ ٥٠٦) - المجموع (٦/ ٥٠٣) - تحفة المحتاج (٦/ ١٤٥) - حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٥٤٦) - المغني (٥/ ٣٤٦) - المبدع (٤/ ٤٠٨) - الإنصاف (٦/ ٧٢).

(١) ينظر: البناية (١٠/ ٢٩٤) - المحيط البرهاني (٧/ ٤٤٥)- الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٦) - المدونة (٣/ ٤٤٥) - الذخيرة (٥/ ٤٢٤) - مواهب الجليل (٤/ ٢٠٨) - روضة الطالبين (٥/ ٢٥٨) - تحفة المحتاج (٦/ ١٤٥)- حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٥٤٦) - المغني (٥/ ٣٨٢) - المبدع (٤/ ٤٣٦) - كشاف القناع (٤/ ٢٠).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٢٧٧.

الضرورة إلى التوقف إعمالاً لقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)، ومن أمثلة ذلك : توقف الطبيب لأجل المرض، أو للأكل والشرب، أو لقضاء الحاجة، وتوقف المرأة الطبيبة لأجل الحمل أو الولادة، والتوقف حال الأمطار الغزيرة، أو الفيضانات، أو الزلازل، ثم يستأنف الطبيب عمله بعد زوال حال الضرورة[(١)].

هـ - التوقف للإجازة :

هذه المسألة لها تعلق بما قبلها من أحوال، وإنما أفردتها لكثرة وقوعها، وللاختلاف في استحقاق الطبيب ونحوه العوض فيها، و لها حالتان :

الحالة الأولى : أن يكون التوقف للإجازة الأسبوعية، فإن كان العرف قد جرى بذلك فإنه يحق للأجير التوقف، ولكن وقع خلاف بين الفقهاء في استحقاقه العوض، **والخلاف في ذلك على قولين :**

القول الأول: أنه لا يستحق العوض زمن الإجازة الأسبوعية، وهذا قول عند الحنفية[(٢)]، وعند الشافعية[(٣)]

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : أن مقتضى العقد بين المتعاقدين أن العوض غير لازم مدة بطالة الأجير، سواءً قلت أو كثرت ؛ لأن العوض إنما يستحق بتسليم

---

(١) أما إذا لم يستأنف الطبيب عمله بعد زوال حال الضرورة فإن ذلك يعتبر عذراً سيرد بحثه في أسباب انتهاء العقد الطبي. وينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٢٧.

(٢) ينظر: المبسوط (١٥/ ٢٩٦) - أشباه ابن نجيم ص١١٨- حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٧٢).

(٣) ينظر: البيان (٧/ ٣٢٥) - تحفة المحتاج وحواشيها (٦/ ١٤٦، ٣٧٢) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٣).

المنفعة، وذلك ينعدم مدة البطالة[١].

ثانياً: أن تكليف المريض بدفع العوض مدة الإجازة الأسبوعية يعد أخذاً لماله بغير حق، وقد نهى الله عن

ذلك بقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩][٢].

ويمكن أن يناقش: بأن وجود العرف المقتضي دفع العوض زمن الإجازة الأسبوعية ينفي أكل المال بالباطل

القول الثاني: أنه يستحق العوض زمن الإجازة الأسبوعية، وهذا الرأي الراجح عند الحنفية[٣]، وهو قول المالكية[٤]، وقول عند الشافعية[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: الأدلة الدالة على الأمر بالتعاون، ونفي الحرج، والتكليف الشاق، والإحسان إلى الأجراء، ومنها:

أ - قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢].

ب - قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ٢٩٦).

(٢) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٣٠٠.

(٣) ينظر: أشباه ابن نجيم ص١١٨ - حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٧٢) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٧).

(٤) ينظر: النوادر (٧/ ٤٨) - البيان والتحصيل (٨/ ٤٥٦) - الذخيرة (٥/ ٥٣٥) - منح الجليل (٧/ ٤٨٢)

(٥) ينظر: البيان (٧/ ٣٢٥) - تحفة المحتاج وحواشيها (٦/ ١٤٦، ٣٧٢) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٣).

ج - قال تعالى: ﴿وَمَآ أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [القَصص: ٢٧].

د - قال ﷺ: (إخوانكم خولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم)[١].

وجه الدلالة من هذه النصوص: أن الله أمر عباده بأن يتعاونوا على الخير، وبين أن الحرج مرفوع، وأن التكليف بما لا يطاق ممتنع، وفي الأدلة بيان على أن المستأجر ينبغي أن يكون رحيماً بالأجراء، معيناً لهم، غير مرهق لهم، ولا مكلفاً إياهم بما يشق عليهم، وفي منح الطبيب ونحوه من الأجراء إجازة أسبوعية بعوضها المستحق تحقيق لهذه المعاني والمقاصد[٢].

ثانياً: أن العرف قد دل على ترك العمل في أيام الإجازة الأسبوعية، والعرف له اعتباره، فإن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[٣].

الترجيح: الراجح هو القول الثاني الذي يقضي بأن الإجازة الأسبوعية حق للأجير، وأنه يستحق عوضه عنها بالعرف؛ لقوة دليله، ولتوافقه مع مقصد الشريعة في التعاون، والإحسان إلى الأجراء.

الحالة الثانية: أن يكون التوقف للإجازة المرضية: يحق للطبيب التوقف عن العمل لمرضه، ولكنه لا يستحق العوض عن مدة توقفه؛ لأن

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٦٧١.

(٢) ينظر: التزامات العامل ورب العمل، خليل حامد ص١٣٠.

(٣) ينظر: المحيط البرهاني (٨/ ٣٢) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٦) - درر الحكام شرح المجلة (١/ ٥٦٧) - المدونة (٣/ ٤٥٥) - منح الجليل (٧/ ٤٨٢) - روضة الطالبين (٥/ ٢٥٨) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٣).

الأصل في استحقاقه للعوض هو العمل، أو استيفاء المنافع، ومرض الطبيب يمنعه عن تسليم نفسه، وقد قرر جمهور الفقهاء أن الأجير لا يستحق أجرته إذا مرض وانقطع عن العمل، فإن كان الاتفاق معه على العمل مدة من الزمن فإنه لا يستحق أجرته مدة مرضه، فإذا انتهت المدة المتفق عليها فقد انحل العقد بينهما وانتهى، وإن زال مرضه وقد بقي من المدة المتفق عليها شيئاً فإن العقد يستمر بينهما، ولا يستحق الأجير عوضاً عن المدة التي توقف فيها بسبب مرضه(١).

الحالة الثالثة : أن يكون التوقف للإجازات الرسمية وإجازة العيدين : يحق للأجير أن يتوقف عن العمل للتمتع بالإجازات السابقة سواءً كان توقفه بشرط، أو بعرف، فإن كان بشرط استحق العوض، وإن لم يكن بشرط فمحل خلاف(٢)، والطبيب أجير ينطبق عليه ذلك.

جاء في منح الجليل : " وبطالتهم في الأعياد على المعروف، هي في الفطر ثلاثة أيام، وكذا في الأضحى، ولا بأس بالخمسة "(٣).

ويدل على ذلك ما يلي :

أولاً : أن هذه الإجازات تمنح الأجراء راحة من العمل، وترفع عنهم شيئاً من الإرهاق، والتعب الذي قد مر بهم، وقد جاءت الأدلة بعدم تكليف الأجراء ما يشق عليهم، ويرهقهم.

ثانياً : أن هذه الإجازات قد جرى العرف باعتبارها، واستقر على

---

(١) وفسخ عقد الإجارة بمرض الأجير محل خلاف بين الفقهاء سيرد عرضه عند الحديث عن انتهاء العقد الطبي.

(٢) ينظر: أشباه ابن نجيم ص١١٨ - منح الجليل (٧/ ٤٨٢) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣٦) - حواشي التحفة (٦/ ١٤٥)

(٣) منح الجليل (٧/ ٤٨٢).

العمل بها، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[١]، والإجارة تنزل على العمل المعتاد[٢].

توقف الطبيب عن عمله، سواءً للعبادة، أو للعرف، أو للشرط، أو للضرورة، ينبغي أن يقيد بأن لا يترتب على توقفه ضرر يلحق المريض، فإن ترتب على توقفه ضرر بالمريض لم يتوقف؛ لأن النفس مصونة محترمة، واستنقاذها أولى، وبهذا قال جمهور الفقهاء[٣].

جاء في نهاية المطلب : " من أشرف على الهلاك من المسلمين وأمكن إنقاذه فإنقاذه فرض على الكفاية، ولو تركه أهلُ القُطر حتى هلك حَرِجوا من عند آخرهم "[٤].

وجاء في أسنى المطالب : " محل تمكينه من الذهاب إلى الجمعة إذا لم يخش على عمله الفساد "[٥].

---

(١) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص٣٠٤ - التزامات العامل ورب العمل ص١٤٣-١٤٥.

(٢) حواشي التحفة (٦/ ١٤٥).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (١/ ٣١٥) - درر الحكام (١/ ٢١٤) - البحر الرائق (٢/ ٧٧) - الذخيرة (١/ ٦٧) - مواهب الجليل (٢/ ٣٦) - كفاية الطالب (٢/ ٥٢٣) - نهاية المطلب (٢/ ٥١٨) - المجموع (٤/ ٤٩٠) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣٦) - المبدع (١/ ٤٣١) - الإنصاف (٢/ ١٠٨) - كشاف القناع (١/ ٣٨٠) - المحلى (٢/ ١١٦).

(٤) نهاية المطلب (٢/ ٥١٨).

(٥) أسنى المطالب (٢/ ٤٣٦).

الفرع الرابع
حق الطبيب في النقل والسكن

من الحقوق المقررة للطبيب الخاضعة للشروط العقدية والأنظمة المرعية حقه في النقل والسكن، باعتباره أجيراً، وهذا الحق له حالات :

الحالة الأولى : أن يجري العرف على أن المريض أو المستشفى الذي يعمل فيه الطبيب يوفر له السكن والنقل فيجب توفير ذلك بمقتضى العرف ؛ لأن الإجارة تنزل على المعتاد(١).

الحالة الثانية : أن يكون العقد الطبي مقتضياً توفير النقل أو السكن أو كليهما فيجب على المريض أو المستشفى الذي يعمل به الطبيب توفير ذلك بمقتضى العقد أو الشرط الذي بينهما.

الحالة الثالثة : ألَّا يجري بذلك عرف ولا شرط فيكون ذلك مرتبطاً بتمام الكفاية للطبيب، فإن كانت أجرته تكفيه في النقل والسكن فلا حاجة لتوفير النقل والسكن له، فإن طلب توفيرها وأمكن ذلك فالأجرة تكون عليه، وإن كانت أجرته غير كافية فينبغي توفير النقل والسكن له(٢)، ولا يدخل ذلك في أجرته، ويدل على ذلك ما يلي :

أولاً : عن المستورد بن شداد رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: (من كان لنا عاملاً فليكتسب زوجة، فإن لم يكن له خادم فليكتسب

---

(١) حواشي التحفة (٦/ ١٤٥).

(٢) ينظر: الحاوي (١٦/ ٢٨٥).

خادماً، فإن لم يكن له مسكن فليكتسب مسكناً)[١].

وجه الدلالة : " أن للعامل السكنى والخدمة، فإن لم يكن له مسكن وخادم استؤجر له من يخدمه فيكفيه مهنة مثله، ويكتري له مسكن يسكنه مدة مقامه في عمله"[٢]، فالطبيب إذا كانت أجرته لا تكفي حاجته في النقل، والسكن فالذي ينبغي توفير ذلك له.

ثانياً : أن النقل، والسكن من الحاجات الهامة للإنسان فكان لا بد من تأمينها ؛ لأن ذلك داخل في سد حاجات المحتاجين، وتحقيق الكفاية للعاملين[٣].

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (١٨٠١٥)، وأبو داود في سننه، واللفظ له، كتاب الخراج والإمارة، باب في أرزاق العمال برقم (٢٩٤٥)، والطبراني في الكبير برقم (٧٢٧)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٣٣٩٩)، وصححه الحاكم والألباني. ينظر: مسند أحمد (٢٩/ ٥٤٣) – سنن أبي داود (٤/ ٥٦٦) - المعجم الكبير (٢٠/ ٣٠٥) – السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٣٥٥) – المستدرك (١/ ٥٦٣) – صحيح سنن أبي داود، الألباني (٢/ ٢٣٠).

(٢) معالم السنن (٣/ ٧) - شرح السنة (١٠/ ٨٦) - عون المعبود (٨/ ١١٥).

(٣) ينظر: التزامات العامل ورب العمل، خليل حامد ص١٥٥.

الفرع الخامس

حق الطبيب في الرعاية الصحية، والتعويض عن إصابات العمل

هذا الحق للطبيب خاضع للشروط العقدية والأنظمة المرعية؛ حيث إن من مصلحة المريض أو الجهة الطبية التي يعمل الطبيب عندها أن تسلم صحته من الأمراض والعلل؛ لأن الأمراض والعلل تؤثر على عمله الطبي فتعطله، أو تُضْعِف كفاءته، لذلك كانت الرعاية الصحية للطبيب وتعويضه عما يلحق به من إصابات أمراً محفزاً للأطباء على العمل والإنتاج.

وعليه فإن تأمين الحماية الصحية للطبيب قد دلت على اعتباره الأدلة الشرعية، ومنها:

أولاً: قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البَقَرَة: ١٩٥].

وجه الدلالة: أن الله ﷻ نهى عباده أن يلقوا بأنفسهم في التهلكة: بترك الأوامر، أو فعل الأسباب الموصلة إلى التلف، فكل ما صَدُق عليه أنه تهلكة في الدين أو في الدنيا فهو داخل في ذلك[١]، ومما يدخل فيه تجنيب الأنفس أماكن الضرر، ومواقع الخطر، وتوفير وسائل السلامة والصحة.

ثانياً: أن توفير وسائل السلامة، وتأمين الحماية الصحية للطبيب

---

(١) ينظر: جامع البيان، الطبري (٣/ ٥٩٣) - فتح القدير (١/ ٢٢٢)- تيسير الكريم الرحمن ص٩٠.

داخل في حفظ النفس المأمور بحفظها، وصيانتها، والنهي عما يوردها المخاطر، ويقحمها المهالك، وهو واجب على من تعاقد مع الطبيب باعتبار مبدأ الرعاية الوارد في قوله ﷺ : (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته)(١)(٢).

وبالنظر إلى حق الطبيب في الرعاية الصحية والتعويض يتضح أن الفقهاء المعاصرين لهم رأيان:

الرأي الأول: أن الرعاية الصحية للطبيب يجب توفيرها له إذا أصيب أثناء العمل، أو بسببه، أو بسبب خلل في الآلات، ومثله إذا أصيب بمرض نجم عن طبيعة العمل أو المناخ ؛ لأن الطبيب ومن في حكمه من العاملين صاروا جزءاً من قوى الإنتاج ومصادره، فكما أن صاحب العمل يصلح الآلة المملوكة فإن الطبيب المحرك لهذه الآلة يعد جزءاً متمماً لحركة العمل كلها، أما إن كانت إصابة الطبيب أو مرضه ليس لطبيعة العمل ولا لبيئته ولا لآلاته علاقة بها فليس له حق التعويض عنها(٣).

ونوقش: بأن قياس الطبيب ونحوه على الآلة قياس مع الفارق ؛ لأن الطبيب ليس مملوكاً للجهة أو الشخص المتعاقد معه بخلاف الآلات، وهو متناقض مع مبدأ العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد(٤).

القول الثاني: أنه لا يصح إلزام صاحب العمل بنفقات العلاج والأدوية والتعويض عن الإصابات ؛ لأنه لا يمكن ضبطه، وفيه جهالة

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٥٩٤.

(٢) ينظر: التزامات العامل ورب العمل، خليل حامد ص١٥٢.

(٣) ينظر: فتاوى معاصرة، الزحيلي نقلاً عن التزامات العامل ورب العمل ص١٥٣.

(٤) ينظر: التزامات العامل ورب العمل، خليل حامد ص١٥٤.

وغرر، فالعامل قد يحتاج إليه وقد لا يحتاج إليه، والمرض قد يستغرق علاجه مدة من الزمن قد تطول وقد تقصر، ولأنه يعتبر جزءاً من الأجرة، والأجرة لا تصح فيها الجهالة[١].

والذي يظهر : أنه يراعى في ذلك : وجود اتفاق مبرم، أو عرف جارٍ، كما يراعى في الإصابات كونها واقعة في أثناء العمل، أو بسببه، ويراعى كذلك التفريق بين صورتين :

الصورة الأولى : أن يتم احتساب الرعاية الصحية من أجرة الطبيب فهذا غير جائز ؛ لأن من شرط الأجرة أن تكون معلومة، والجهالة بها أو بأي جزء منها يؤدي إلى فساد العقد، وقد جاء في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره[٢]، والإجماع محكي على ذلك[٣]، ونفقات العلاج الطبي والإسعاف تكون مجهولة في العادة.

الصورة الثانية : ألَّا يتم احتساب ذلك من أجرة الطبيب، وإنما يتم عن طريق شركات التأمين، فهذا يندرج في حكم التأمين، فإن كان تأميناً تعاونياً أو اجتماعياً فهو جائز ؛ لأن رعاية الطبيب وتجنيبه أماكن الخطر داخل في حفظ النفوس والأبدان المأمور به شرعاً، ومندرج في رعاية الأمانة التي أوجب الله على العباد أداءها، أما إن تم ذلك بواسطة شركات التأمين التجاري فهو ممنوع.

---

(١) ينظر: رسالة ابن حميد في الرد على نظام العمل ص١٣، نقلاً عن الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص٢٩٨.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص١١٩.

(٣) ينظر في حكاية الإجماع: الإجماع، ابن المنذر ص١٤٤ - المغني (٥/ ٣٢٧) - الإقناع في مسائل الإجماع (٣/ ١٥٦٦) - الجامع لأحكام القرآن (١٣/ ٢٧٥) - البناية (١٠/ ٢٢٦).

وبناءً **على ما تقدم** فإن الطبيب لو مات أو حصل له تلف بسبب عمله الطبي فإن كان حُراً لم يبلغ أو عبداً لم يؤذن له فهلكا من ذلك العمل فهو ضامن، وإن كان كبيراً وعاقلاً وكانت إصابته بسبب إهمال صاحب العمل وتقصيره أو بسبب تعمده وتغريره فإنه ضامن لما أصاب الطبيب، أما إذا لم يتعد مستأجره ولم يقصر وعمل بالاحتياطات اللازمة فهلك الطبيب بسبب عمله أو بسبب آخر لا علاقة له بالعمل فلا ضمان، سواءً كان مستأجره جهة طبية أو شخصاً حقيقياً[(١)].

ويستدل على ذلك بما يلي:

أولاً: يذكر أن أم سلمة رضي الله عنها بعثت إلى معلم الكتاب: (ابعث إليَّ غلماناً ينفشون صوفاً، ولا تبعث إلي حراً)[(٢)].

وجه الدلالة: أن من استعان صبياً حراً لم يبلغ، أو عبداً بغير إذن مولاه فهلكا في ذلك العمل فهو ضامن لقيمة العبد، وهو ضامن لدية الصبي الحر، وهي على عاقلته[(٣)].

ثانياً: عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: (العجماء[(٤)]

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٧/ ٣٤) - بدائع الصنائع (٧/ ٢٧٨)- حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٩٧) - النوادر (١٣/ ٥٣٧) - الذخيرة (٥/ ٣٧٣) - مواهب الجليل (٥/ ٣٩٢) - الحاوي (٧/ ٤٤٥) - التوضيح (٣١/ ٤٧١)- نهاية المحتاج (٧/ ٣٥٥) - المغني (٥/ ٣٩٤) - شرح المنتهى (٣/ ٢٩٣) - نيل المآرب (٢/ ٣٣٤).

(٢) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٧٨٩٧)، وذكره البخاري في كتاب الديات، باب من استعان عبداً أو صبياً بصيغة التمريض، وقال ابن حجر: هذا الأثر وصله الثوري في جامعه، وعبدالرزاق في مصنفه عنه عن محمد بن المنكدر عن أم سلمة، وكأنه منقطع بين المنكدر وبين أم سلمة، ولذلك لم يجزم به. ينظر: مصنف عبدالرزاق (٩/ ٤٢٨) - صحيح البخاري (٩/ ١٢) - تغليق التعليق (٥/ ٢٥٦) - فتح الباري (١٢/ ٢٥٣).

(٣) ينظر: عمدة القاري (٢٤/ ٦٩) - الاستذكار (٧/ ٣٠٠) - فتح الباري (١٢/ ٢٥٣).

(٤) العجماء: البهيمة، وسميت بذلك لأنها لا تتكلم. ينظر: غريب الحديث، ابن سلام (١/ ٢٨١) - النهاية(١/ ٦٧١).

جرحها جبار[١]، والبئر جبار، والمعدن جبار....)[٢].

وجه الدلالة: أن الشرع جاء بتضمين المتلف لنفس غيره أو ماله إذا باشر ذلك، أو تسبب فيه، أما من لم يباشره، ولا كان سبباً فيه فلا ضمان عليه[٣]، "ويلتحق بالبئر والمعدن في ذلك كل أجير على عمل"[٤]، فالجهة التي تعاقدت مع الطبيب إذا لم تفرط، ولم تقصر فلا ضمان عليها.

ثالثاً: أن ما لم يتسبب فيه الإنسان، ولم يباشره فهو خارج عن طاقته، وقدرته، ولا يجوز تكليف الإنسان إلّا بما يطيق، وإلزام الإنسان بالتغريم والتعويض عما ليس بسبب فيه، ولا مباشر له فيه ظلم له، وأكل لماله بالباطل[٥].

---

(١) جبار: هدر. ينظر: غريب الحديث، ابن سلام (١/ ٢٨٢) - النهاية في غريب الحديث (١/ ٦٧١).

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب المعدن جبار والبئر جبار برقم (٦٩١٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار برقم (١٧١٠). ينظر: صحيح البخاري (٩/ ١٢) - صحيح مسلم (٣/ ١٣٣٤).

(٣) ينظر: عمدة القاري (٢٤/ ٧٠) - المعلم بفوائد مسلم (٢/ ٣٩٩) - شرح النووي على مسلم (١١/ ٢٢٦) - الإفصاح عن معاني الصحاح، ابن هبيرة (٦/ ١٣١).

(٤) فتح الباري (١٢/ ٢٥٦).

(٥) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٢٩٤.

الفرع السادس

حق الطبيب في توفير وسائل التدريب والتعليم والتأهيل الطبي له

علم الطب من العلوم المتطورة، والمتجددة ؛ ولذلك فإن الطبيب بحاجة إلى أن تتوفر له وسائل التعليم، والتدريب، والتأهيل، ليكون مواكباً لما يستجد في العلوم الطبية، متابعاً مواصلة التعلم، والتدريب، فإن صنعة الطب تكتسب عن طريق التعلم، والتجارب، وكثرة التدريب(١).

والطبيب الماهر لا بد أن " يكون كثير التدرب، والعناية بمزاولة المرضى وخدمتهم "(٢)، فإن " مهنة الطب علم وفن، فالعلم يأخذه الطالب في الكلية، ويستمر يزداد منه أثناء حياته، والفن يكسبه بالخبرة، وكثرة التجارب، والعمل "(٣).

والتعليم الطبي يجب أن يقوم على الدراسة السريرية منذ السنة الأولى، مع اتباع أساليب التربية التي تسمح للطالب بأن يعلم نفسه، وألَّا تهدف برامج التعليم لإخراج إنسان يختزن قدراً كبيراً من المعلومات فحسب، بل الهدف إخراج إنسان يتصف بالذكاء والمرونة، مع تعهد إمكانياته بالتنمية ؛ وذلك ليصبح أكثر قدرة على المحاكمة والاستنتاج(٤).

---

(١) ينظر: الطب النبوي، الذهبي ص٢٢٨ - فضل الإسلام على الطب، صبحي ص٢٢.

(٢) التشويق الطبي ص٦٦.

(٣) الطبيب المسلم، وجيه زين العابدين ص١٣.

(٤) ينظر: آراء أمريكية في تكوين الأطباء ص١٣٤.

بناءً على ما سبق فإن الجهة المتعاقدة مع الطبيب ينبغي عليها أن توفر له وسائل التدريب والتطوير والتأهيل، ومما يدل على أهمية هذا الجانب ما يلي :

أولاً : أن الله سبحانه وتعالى قد حث عباده على الاستزادة المستمرة من العلوم والمعارف، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾ [طه: ١١٤].

ثانياً : أن من فروض الكفاية على المسلمين أن يهيئوا العدد الكافي في كل صنعة أو مهنة يحتاجها المجتمع، وأن يزودوهم بوسائل التدريب والتعليم والتأهيل ؛ حتى يكتفي المسلمون اكتفاءً ذاتياً، ويتقدموا في شتى العلوم والمعارف[١].

ثالثاً : أن توفير وسائل التعليم والتدريب للأطباء تعينهم على إتقان عملهم وإجادته، وذلك مطلوب منهم بشكل أخص ؛ لتعلق عملهم بالنفس الإنسانية.

---

(١) ينظر : الاهتمام بإتقان العمل، بيلي العليمي ص٣١٠.

المطلب الثاني

حقوق المريض في العقد الطبي

وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول : حق المريض في العلاج.

الفرع الثاني : حق المريض في اختيار الطبيب.

الفرع الثالث : حق المريض في الرضا عن العلاج.

الفرع الرابع : حق المريض في رفض العلاج.

الفرع الخامس : حق المريض في إنهاء عقد العلاج.

الفرع الأول
حق المريض في العلاج والتداوي

وحق المريض في العلاج هو حق له مع الدولة التي يقيم فيها، وذكرته هنا لأنه أصل الحقوق الأخرى.

وقد حث النبي ﷺ على التداوي، ونهى عن التواكل والإهمال، ودعا الناس للأخذ بالأسباب، وبذل الجهد في محاربة الداء؛ حتى يقوى الإنسان، ويحافظ على دوام صحته وسلامته[(١)].

وعليه فإن العلاج والتداوي حق مكفول لكل إنسان، ويدل على ذلك ما يلي:

أولاً: عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواءً، فتداووا، ولا تداووا بحرام)[(٢)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حث على التداوي، ونفى الحرج عن فاعله، وبين أنه من المباحات[(٣)].

ثانياً: عن أسامة بن زيد رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (إذا سمعتم بالطاعون[(٤)] بأرض فلا تدخلوها، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا

---

(١) ينظر: حقوق المريض في عقد العلاج الطبي، غادة المختار ص٢٧.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص١٩٨.

(٣) ينظر: التمهيد (٥/ ٢٦٤) - معالم السنن (٤/ ٢١٧) - عون المعبود (١٠/ ٢٣٩).

(٤) الطاعون: مرض معد حاد، يتميز بحمى مرتفعة، مع أعراض تسمم بالدم، وهبوط في ضغط الدم، وسرعة في النبض. ينظر: الصحة العامة، فوزي جاد الله ص٢٥١.

منها)[١].

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ نهى عن دخول الأرض التي بها الطاعون، مما يدل على أن المسلم يجب عليه أن يحترز عن المكاره، وأن يتعاطى الأسباب المنجية له من الهلاك[٢].

ثالثاً : أن النبي ﷺ قد تداوى، وداوى أصحابه، وحثهم على التداوي، ففي حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ كان يسقم عند آخر عمره، أو في آخر عمره، فكانت تقدم عليه وفود العرب من كل وجه، فتنتعت له الأنعات، وكانت تعالجها له[٣]، وقد احتجم ﷺ ، وأعطى الحجام أجره[٤]، وحسم ﷺ جرح سعد بن معاذ رضي الله عنه[٥].

مما سبق يتبين أن أول حق يثبت للإنسان عندما يمرض هو حقه في العلاج، وهو يعادل حقه في الحياة، وفي سلامة جسده، وأن كل إنسان يعرض له المرض فإن له الحق في أن يتلقى العلاج اللازم لكي يشفى ويستعيد صحته، وقوته[٦].

وإذا كان العلاج والتداوي من الحقوق الثابتة للمريض فإن الطبيب ينبغي عليه أن يقوم بهذا الحق، وألَّا يمتنع عن علاج المريض، فإن ارتبط الطبيب مع المريض بعقد طبي حرم عليه الامتناع، ووجب عليه

---

(١) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الطب، باب ما يذكر من الطاعون برقم (٥٧٢٨)، ومسلم في كتاب السلام، باب الطاعون والطيرة برقم(٢٢١٨). ينظر: صحيح البخاري (٧/ ١٣٠) - صحيح مسلم (٤/ ١٧٣٧)

(٢) ينظر: شرح النووي على مسلم (١٤/ ٢٠٧).

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٤٠٢.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٤٠٢.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص٢٤٧.

(٦) ينظر: حقوق المريض في عقد العلاج الطبي ص١٧٤- حقوق المريض، منصور مصطفى ص١٣.

علاج المريض متى كان قادراً على ذلك، ولم يلحقه ضرر، ويدل على ذلك ما يلي:

أولاً: عموم الأدلة الدالة على وجوب الحفاظ على الأنفس، وصيانتها، والسعي في إحيائها، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]، فإحياء النفس: تخليصها عن المهلكات(١)، ويدخل في ذلك استنقاذ حياة المريض(٢).

ثانياً: عموم الأدلة الآمرة بالإحسان، وفعل الخير، ومنها الأدلة التالية:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ١٩٥].

ب - قوله تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧].

"وهذا يشمل جميع أنواع الإحسان.... ويدخل في ذلك قضاء حوائج الناس، وتفريج كرباتهم، وإزالة شداتهم"(٣) وعموم الآيتين يشمل الإحسان، وفعل الخير ومن ذلك: إسعاف المريض(٤).

ثالثاً: عن أبي هريرة ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: (من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة)(٥).

---

(١) تفسير الرازي (١١/ ٣٤٤).

(٢) ينظر: الامتناع عن إسعاف المريض، السماعيل (٤/ ٣٧٣٠).

(٣) تيسير الكريم الرحمن ص١٦٨.

(٤) ينظر: الامتناع عن إسعاف المريض، السماعيل (٤/ ٣٧٣١).

(٥) الحديث أخرجه مسلم،كتاب الذكر والدعاء، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن برقم (٢٦٩٩) (٤/ ٢٠٧٤)

وجه الدلالة : في الحديث " فضل قضاء حوائج المسلمين، ونفعهم بما تيسر من علم، أو مال، أو معاونة، أو إشارة بمصلحة، أو نصيحة، وغير ذلك "(١)، وفي إسعاف المريض تنفيس لكربته فيشمله ذلك(٢).

رابعاً : عن أبي هريرة ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ : (ثلاثة لا يكلمهم الله، ولا ينظر إليهم،ولا يزكيهم، ولهم عذاب أليم : رجل على فضل ماء بطريق يمنع منه ابن السبيل، ورجل بايع رجلاً لا يبايعه إلا للدنيا، فإن أعطاه ما يريد وَفَى له وإلا لم يف له، ورجل ساوم رجلًا بسلعة بعد العصر، فحلف بالله لقد أعطى بها كذا وكذا فأخذها)(٣).

وجه الدلالة : أن منع الماء من ابن السبيل أمر محرم، وقبيح(٤)، وإذا كان هذا الوعيد في حق من امتنع من بذل فضل الماء للمحتاج إليه، فمن باب أولى أن يكون وعيد من امتنع من إسعاف المضطر أشد(٥).

خامساً : أن " من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة وجب عليه أن يخلصه "(٦)، بل " واجب على كل من خاف على مسلم الموت أن يحييه بما قدر عليه "(٧) " فإن إنقاذ المسلم من الهلاك من فروض الكفايات "(٨)، و" مما كتبه الله تعالى علينا استنقاذ كل متورط من الموت "(٩)، " والطبيب في عمله الوظيفي يجب عليه أداء وظيفته على

---

(١) شرح النووي على مسلم (١٧/ ٢١) - فيض القدير (٣/ ٥٠٥).
(٢) ينظر: الامتناع عن إسعاف المريض، السماعيل (٤/ ٣٧٣٣).
(٣) الحديث أخرجه البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين بعد العصر برقم (٢٦٧٢)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار برقم (١٠٨). ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٧٨) - صحيح مسلم (١/ ١٠٣)
(٤) ينظر: شرح النووي على مسلم (٢/ ١١٧).
(٥) ينظر: الامتناع عن إسعاف المريض، السماعيل (٤/ ٣٧٣٢).
(٦) الطرق الحكمية ص٣٧٨.
(٧) التاج والإكليل (٧/ ٦٢٢).
(٨) العزيز شرح الوجيز (٢/ ٣٠٠).
(٩) المحلى (١١/ ٢١٩).

الوجه الأكمل، ومن ذلك معالجة المرضى الذين يلجئون إليه، فلا يجوز له ردهم، أو التساهل في علاجهم"[(١)][(٢)].

(١) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (٢٥/ ٤٣).

(٢) هذا بيان لوجوب قيام الطبيب بعلاج المريض وعدم تركه، وسيأتي حكم تضمينه عند الترك، وهل يجب عليه القود، وذلك في أحكام ضمان الطبيب في العقد الطبي.

الفرع الثاني
حق المريض في اختيار الطبيب

الأصل أن الإنسان عندما يمرض يكون له مطلق الحرية في اختيار الطبيب الذي يرغب في أن يبرم معه عقد العلاج الطبي، إذ يعد ذلك من المباديء الأساسية التي تحكم مهنة الطب، استناداً إلى الثقة التي تسود بين طرفي العقد الطبي، القائم على الاعتبار الشخصي(١).

وهذا الحق للمريض ينبغي أن يراعى فيه ما يلي :

أولاً : ينبغي أن يكون المريض مكلفاً بالغاً عاقلاً حتى يتمكن من اختيار طبيبه ؛ لأن العقد الطبي عقد معاوضة، وعقود المعاوضة لا تصح إلَّا من البالغ العاقل، ولأن من شروط العقد الطبي الرضا بالعلاج، والعاقدان إذا لم يكونا بالغين عاقلين لم يعتد برضاهما(٢)، وقد جاء في حديث عائشة ﵂ عن النبي ﷺ قال : (رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)(٣)، وإذا لم يكن المريض مكلفاً فيقوم من ينوب عنه بذلك.

ثانياً : يستثنى من مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه بعض الحالات التي لا يتمكن الطبيب فيها من الاختيار، ومنها الحالات التالية :

---

(١) ينظر: إرادة المريض في العقد الطبي، العبيدي ص١١٥ - حقوق المريض في عقد العلاج الطبي ص١٩٧ - ١٩٨ - حقوق المريض على الطبيب، منصور مصطفى ص١٦.

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٤١٣ - عقد العلاج الطبي، الزامل ص٥٠.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص١٠٥.

أ - إذا كان المريض غير مكلف.

ب - الحالات المستعجلة والضرورية التي تهدد حياة المريض، أو صحته، ويتعذر عليه اختيار طبيبه، فعندها يقوم طبيب الإسعاف الذي تم استدعاؤه، أو وجد في منطقة الحادث بالتدخل العلاجي.

ج - إذا تم العلاج في المستشفيات العامة ؛ لأن المريض يكون في المستشفيات العامة منتفعاً بمرفق حكومي عام، تتولى الدولة إدارته، ولا يوجد عقد طبي بين الطبيب الممارس في المستشفى العام والمريض الذي ينتفع بخدمات المستشفى، وتبعاً لذلك فهو يفقد حريته في اختيار الطبيب.

د - إذا قامت بعض المنشآت التجارية أو الصناعية بالتعاقد مع طبيب معين ليعالج الأفراد العاملين فيها حالة مرضهم ؛ لأنه سيضطر للجوء إلى الطبيب الذي تعاقدت معه المنشأة دون غيره من الأطباء.

هـ - إذا تمت المعالجة من قبل فريق طبي لم يتم اختيارهم كلهم من قبل المريض، وذلك في الحالات التي تتطلب فريقاً طبياً كالعمليات الجراحية، ونحوها.

و - حالات الأشخاص الذين يتم إيداعهم في مصحات خاصة، والمرضى المسجونين، والموقوفين، ونحوهم(١).

ثالثاً: إذا قام الطبيب باختيار طبيبه وجب على الطبيب أن يقوم شخصياً بالعمل الطبي، وأن يباشره بنفسه، لأن اختياره دليل على أن

---

(١) ينظر: مسؤولية الطبيب وإدارة المرفق، أحمد شرف الدين ص٥٦ - ٥٧ - إرادة المريض في العقد الطبي ص١١٥ - ١٤٠- حقوق المريض في عقد العلاج الطبي ص١٩٧ - ٢١٩- الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، الفهاد ص٤٥- ٥٤.

المعقود عليه هو أن يعمل بنفسه، وأن المريض قصده بعينه، ورضي أمانته وكفايته، فإن صاحب ذلك شرط، أو عرف تأكد عمل الطبيب بنفسه، وفاءً بموجب العقد المشروط بشرط صحيح، وعملاً بمقتضى العرف المتبع ، ويستثنى من ذلك ما كان يسيراً، وجرى العرف بالمسامحة فيه ؛ لأن اليسير معفو عنه في كثير من الأحكام، وتجري المسامحة فيه(١).

رابعاً : ينبغي على الطبيب أن يتجنب كل ما يؤثر على حرية المريض في الاختيار، فيبتعد عن وسائل الدعاية لنفسه، أو لغيره من الأطباء، والتي قد يشوبها شيء من التغرير والمبالغة ؛ لأن الواجب على الطبيب النصح، والصدق، والتوضيح، والبيان، والابتعاد عن التدليس، والتغرير، وكل ما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، والإضرار بالآخرين(٢).

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١١٢) - الفواكه الدواني (٢/ ١١٦) - نهاية المطلب (٨/ ١٥٧) - المبدع (٤/ ٤٤٥) العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص٤٥ - آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٢٢- ٣٢٣

(٢) ينظر: ضوابط الإعلانات الطبية في الشريعة الإسلامية، بلقاسم (٥/ ٤١٩٤) - الدعاية والإعلان الطبي، زياد لوبانغا (٥/ ٤٢٢٣).

الفرع الثالث

حق المريض في الرضا عن العلاج

تبين سابقاً أن من الشروط المهمة في العقد الطبي أن يتحقق الرضا بين طرفي العقد، ويظهر ذلك في صورة الإذن الطبي الصادر من المريض ؛ لأن إذنه هو العامل المباشر الذي يدل على رضاه، ويمكِّن الطبيب من القيام بالعمل الطبي، فالصلة بين الطبيب والمريض يحكمها عقد طبي، وقيام العقد يستلزم إرادة طرفيه(١)، والله سبحانه قد حث على التراضي، ومَنَعَ أخذ مال الآخرين إلَّا برضاهم فقال : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النِّساء: ٢٩].

ورضا المريض بالعلاج سيكون الحديث فيه في الجوانب التالية :

الجانب الأول : رضا المريض في العقد الطبي ينبغي أن يكون شاملاً لجميع مراحل العمل الطبي، بما في ذلك مرحلة العلاج، فالرضا الصادر عن المريض في مرحلة انعقاد العقد الطبي لا يعتبر تفويضاً ضمنياً للطبيب في اتخاذ ما يراه مناسباً من طرق العلاج، بل على الطبيب الحصول على موافقة المريض في كل مراحل العلاج الطبي(٢).

---

(١) ينظر: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، شرف الدين ص٤١، ٥٠ - العقد الطبي، المبارك ص ١١١-١١٣ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٤٧.

(٢) ينظر: عقد العلاج، مأمون ص١٨ - إرادة المريض في العقد الطبي، العبيدي ص٢٣١ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة المختار ص٢٩٣-٢٩٤ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص١٤٠ - ١٤١ - المسؤولية الطبية، بيومي ص٤٨.

الجانب الثاني : اختلف الباحثون في العقد الطبي في وسيلة العلاج هل هي حق للمريض، فلا بد من إخباره بها ومعرفة مدى رضاه عنها ؟ أم أنها حق للطبيب ؟ وخلافهم في ذلك على اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرون أن اختيار وسيلة العلاج حق للطبيب، وأن له الحرية في اختيار الوسيلة المناسبة، على ضوء المعطيات العلمية، إذا كانت متلائمة مع ظروف المريض، واستندوا في قولهم : إلى أن المريض يكون عادة في حالة نفسية لا تسمح له بمناقشة الطبيب، ولأن ما يملكه الطبيب من خبرة، ومعرفة تمكنه من اختيار وسيلة العلاج المناسبة.

الاتجاه الثاني : أن اختيار وسيلة العلاج حق للمريض، وأن الطبيب ملزم بأن يعرض على مريضه طرق العلاج الممكنة، وأن يقدم له الخيارات والبدائل العلاجية التي يقبلها ؛ لأن المريض طرف في العقد الطبي، فلا بد من تحقق رضاه، وكل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض المطلقة، وأن تكون له ضرورة تبرره، وأن يتم برضائه[١].

وهذا الاتجاه الثاني أصوب وأرجح ؛ لأنه يحقق مصلحة المريض.

الجانب الثالث : يستثنى من رضا المريض بالعلاج بعض الحالات التي يقوم فيها الطبيب بعلاج المريض دون توقف على رضاه، ومنها الحالات التالية :

---

(١) ينظر: عقد العلاج، رشدي ص٨٧- ٨٨ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة المختار ص٢٩٣ - ٢٩٤ - الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، الفهاد ص ٩٥-٩٦ - مدى الاعتداد بإرادة المريض في الأعمال الطبية، المصاروة ص٢٣٥ - الوثيقة الإسلامية لأخلاقيات الطب والصحة ص٨، منشورة على الموقع الالكتروني التالي .http://www.ibnosinahealth.org

الحالة الأولى : حالات العلاج الإجباري، وإجراءات الوقاية الصحية، فإن اتقاء الأمراض المعدية، ودرأها، والتقصي المبكر لها من مصالح المجتمع العامة، والتي تغلب مراعاتها مصلحة المريض الخاصة المتمثلة في رضاه، والقاعدة الفقهية : أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة(١).

الحالة الثانية : الحالات الطبية العاجلة، والضرورية، وذلك عندما تكون صحة المريض معرضة لخطر يستدعي التدخل المباشر من قبل الطبيب، عملاً بقواعد الضرورة، والحاجة المنزلة منزلتها(٢).

---

(١) ينظر: غمز عيون البصائر (١/ ٣٢٩) - الفروق، القرافي (٢/ ٣٤٠) - الموافقات (٣/ ٨٩) - المنثور (١/ ٣٨٩).

(٢) ينظر: عقد العلاج، مأمون ص٢٠ - عقد العلاج، شهيب ص١١٤-١١٧ - أحكام عقد العلاج، حلبية ص١٧٧-١٧٩ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة المختار ص٣٣٥-٣٣٨ - المسؤولية الجنائية للطبيب، القبلاوي ص٢٦٠ - مدى الاعتداد بإرادة المريض في الأعمال الطبية، المصاروة ص٢٤٣-٢٤٧.

الفرع الرابع
حق المريض في رفض العلاج

تقدم في مبحث حكم التداوي أنه مباح، يستوي فعله وتركه، وأنه قد يخرج عن الإباحة إذا صار وسيلة إلى غيره، فإن كان وسيلة إلى مأمور به صار واجباً، وإن كان وسيلة إلى منهي عنه صار محرماً[(١)].

وبناءً على ذلك فإنه لا يصح إكراه المريض على التداوي،بل له الحق في رفض العلاج الذي يقترحه الطبيب، سواءً رفضه كله، أو بعضه، أو كان رفضه لطريقة علاجية معينة دون أخرى.

وقد قرر الفقهاء ﷺ هذا الحق، واعتبروه أمراً عائداً للمريض.

جاء في تحفة المحتاج وحواشيها : " ويكره إكراهه : أي الإلحاح عليه، وإن علم نفعه له بمعرفة طبيب، وليس المراد به الإكراه الشرعي الذي هو التهديد بعقوبة عاجلة ظلماً "[(٢)].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ : إذا " امتنع المستأجر من قلعه - أي السن - لم يجبر عليه ؛ لأن إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرراً، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه، إذا كان أهلاً لذلك، وصاحب الضرس أعلم بمضرته، ومنفعته، وقدر ألمه "[(٣)].

---

(١) ينظر: ص٤٠٠ من هذا البحث.

(٢) تحفة المحتاج وحواشيها (٣/ ١٨٣) - حاشية الشبراملسي (٣/ ١٩).

(٣) المغني (٥/ ٤٠١).

ويستدل على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : عن عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (لا تكرهوا مرضاكم على الطعام والشراب، فإن الله يطعمهم ويسقيهم)[١].

وجه الدلالة : أن المريض لا يُكَلَّف على شيء من الأطعمة والأشربة، بل يترك وما طلبه[٢]، ومثل ذلك الدواء، فالمريض له الحق في رفضه، وتركه.

الدليل الثاني : عن عائشة رضي الله عنها قالت : لددنا رسول الله ﷺ في مرضه، وجعل يشير إلينا : (لا تلدوني)، قال : فقلنا : كراهية المريض بالدواء، فلما أفاق قال: (ألم أنهكم أن تلدوني) قال : قلنا : كراهية للدواء، فقال رسول الله ﷺ : (لا يبقى منكم أحد إلا لُدَّ وأنا أنظر إلا العباس؛ فإنه لم يشهدكم)[٣].

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ نهاهم عن لده، ولم يرض بذلك، مما يدل على منع إكراه المريض على الطعام، والشراب، والدواء[٤].

---

(١) الحديث أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الطب، باب ما جاء لا تكرهوا مرضاكم على الطعام والشراب برقم (٢٠٤٠)، وابن ماجة في سننه، كتاب الطب، باب لا تكرهوا المريض على الطعام برقم (٣٤٤٤)، والطبراني في الكبير برقم (٨٠٧)، والبيهقي في الكبرى برقم (٢٠٠٦٧)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وحسنه البوصيري، والألباني. ينظر: سنن الترمذي(٣/ ٤٥٢) - سنن ابن ماجة(٤/ ٥٠١) - المعجم الكبير(١٧/ ٢٩٣) - السنن الكبرى، البيهقي(٩/ ٣٤٧) - المستدرك(١/ ٥٠١)- مصباح الزجاجة (٤/ ٥٢) - السلسلة الصحيحة(٢/ ٣٥٤)

(٢) المفهم، القرطبي (٥/ ٦٠٢) - التنوير شرح الجامع الصغير، الصنعاني (١١/ ١٣٨).

(٣) الحديث سبق تخريجه ص١٨١.

(٤) ينظر: شرح ابن بطال (٨/ ٥٢٦) - المفهم (٥/ ٦٠٢) - شرح النووي على مسلم (١٤/ ١٩٩)

الأمور التي ينبغي مراعاتها عندما يرفض المريض العلاج :

إذا رفض المريض العلاج فإن هناك بعض الأمور التي ينبغي مراعاتها، ومنها ما يلي :

أ - لا بد من معرفة المبرر الذي أدى بالمريض لرفض العلاج، فلو كان سبب رفضه للعلاج الرغبة في الانتحار، أو نحو ذلك فالواجب على الطبيب ألَّا يستجيب لرغبة المريض، وأن يجبره على العلاج ؛ لأن الانتحار قتل للنفس التي جاءت الشريعة بتحريم إزهاقها بغير حق.

ب - إذا رفض المريض العلاج، وكان هناك خطر يهدد حياته، فالواجب على الطبيب حينها أن يقدم مصلحة المريض، ورعاية صحته وحياته، وأن يستعين بأسرة المريض لحمله على تلقي العلاج، وينبغي عليه أن يوظف كل قدراته للمحافظة على حياة المريض ؛ لأن " مما كتبه الله تعالى علينا استنقاذ كل متورط من الموت "(١).

ج - على الطبيب في حالة رفض المريض العلاج أن يشرح له الآثار المترتبة على تركه للعلاج، والتطورات المرضية التي قد تنتج عن ذلك بصدق، ووضوح، وتجنب للمبالغة، وفي حالة استمرار المريض في رفضه يوقع الطبيب، وهيئة التمريض على ذلك في الملف الطبي ؛ إخلاءً للمسؤولية(٢).

---

(١) المحلى (١١/٢١٩).

(٢) ينظر: التزامات الطبيب في العمل الطبي، نجيدة ص١٠٠ - ١٠٦ - حقوق المريض في عقد العلاج، غادة المختار ص٣٣٨-٣٤٣ - الوثيقة الإسلامية لأخلاقيات الطب ص٨ - حقوق المريض، منصور مصطفى ص١٧ - مدى الاعتداد بإرادة المريض في الأعمال الطبية، المصاروة ص٢٤٠.

الفرع الخامس
حق المريض في إنهاء عقد العلاج

العقد الطبي بين المريض والطبيب تقدم أنه عقد إجارة، وقد يخرج في بعض صوره إلى عقد الجعالة، وفي بعض الصور الأخرى إلى عقد البيع.

والمراد هنا : أن المريض يملك إنهاء العقد الطبي إذا وجدت الأسباب المقتضية لذلك.

والواجب على الطبيب إذا أجرى العقد مع المريض على عمل من الأعمال الطبية أن يفي بالعقد، وأن يلتزم بما جاء فيه إلَّا لعذر تبيحه له الشريعة، ويجب على المريض أن يفي بعقده، وألَّا يفسخه إلَّا أن يكون له عذر مقبول شرعاً[(١)].

وإنما أبرزت حق المريض في إنهاء عقد العلاج الطبي ؛ لأن الفقهاء اعتبروا أن المريض غير مجبر على العلاج، وأنه يباح له تركه متى شاء، مما يفهم منه أن المريض يجوز له فسخ العقد الطبي وإنهاؤه إذا وجد ما يقتضي ذلك[(٢)] ؛ لأن عقد الإجارة على العمل الطبي قد يطرأ

---

(١) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٢٧٩.

(٢) ينظر: المبسوط (١٦/ ٢) - بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٠) - العناية (٩/ ١٤٧) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٨١) - الذخيرة (٥/ ٥٤١)- التاج والإكليل (٧/ ٥٦٢) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٣) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٣٠) - الحاوي (٧/ ٣٩٤) - نهاية المطلب (٨/ ٢٠٢)- البيان (٧/ ٣٦٥) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩) - المغني (٥/ ٤٠١) - الإنصاف (٦/ ٧٥) - كشاف القناع (٤/ ١٤) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٦٠).

عليه من العوارض ما يكون عذراً يجيز فسخه، وهذا من رحمة الله بعباده، وهو دليل على يسر هذه الشريعة الإسلامية[١][٢].

(١) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٢٧٩ - ٢٨٠.

(٢) سيرد الكلام مفصلاً بإذن الله حول انتهاء العقد الطبي وانحلاله في الباب الرابع من هذا البحث.

"كل من أخذ الكراء على شيء كان له ضامناً حتى يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه".

الأم، الشافعي (٦/١٨٨).

الفصل الرابع

أحكام الضمان في العقد الطبي

وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : المراد بضمان الطبيب، والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني : أدلة مشروعية ضمان الطبيب ومسؤوليته.

المبحث الثالث : شروط ضمان الطبيب في العقد الطبي

المبحث الرابع : أحوال ضمان الطبيب في العقد الطبي، وكيفيته

المبحث الخامس : موجِبات ضمان الطبيب في العقد الطبي.

المبحث السادس : إثبات موجبات ضمان الطبيب في العقد الطبي

المبحث السابع : الآثار المترتبة على ضمان الطبيب في العقد الطبي.

"الله تعالى شرع في كل تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده ويوفر مصالحه".

قواعد الأحكام، العز بن عبدالسلام (١٢٢/٢).

المبحث الأول

المقصود بضمان الطبيب، والألفاظ ذات الصلة

الضمان في اللغة : " الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه "[١]، ويطلق على الالتزام، والكفالة، يقال : ضَمَّنته المال : ألزمته إياه، وضَمَّنت الشيء كذا : جعلته محتوياً عليه[٢].

والضمان في الاصطلاح له إطلاقان :

الإطلاق الأول : الالتزام بالتعويض، ورد المثل بمثله، أو بقيمته، وهذا الإطلاق هو المراد هنا.

وقد عرف بعدد من التعريفات منها ما يلي :

التعريف الأول : "رد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً "[٣].

التعريف الثاني : "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال، أو عمل "[٤].

التعريف الثالث : "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير "[٥].

---

(١) مقاييس اللغة (٣/ ٢٩٢).

(٢) ينظر : المحكم (٨/ ٢١٤) - لسان العرب (١٣/ ٢٥٧-٢٥٨) - تاج العروس (٣٥/ ٣٣٣-٣٣٨).

(٣) درر الحكام شرح الغرر (٢/ ٢٥٢) - الكليات ص٩٠٨ - غمز عيون البصائر (٤/ ٦).

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي، الخفيف ص٨.

(٥) المدخل الفقهي العام، الزرقا(٢/ ١٠٣٥).

وهناك عدد من التعريفات الأخرى مقاربة للتعريفات السابقة، لا تخرج عن مدلولها(١).

والتعريف الثالث أقرب في بيان المراد بالضمان، وأوضح دلالة، وأخصر لفظاً.

الإطلاق الثاني : انتقال الحق إلى ذمة الغير.

كثير من فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة يستعملون في كتبهم الفقهية واللغوية الضمان بمعنى الكفالة، وشغل ذمم الآخرين بالحق، وضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق(٢).

وهذه المعاني للضمان غير مقصودة في هذا المبحث.

يقصد بضمان الأطباء : تحمل الأطباء مسئولية ما ترتب على فعلهم من تلف عضو، أو فوات منفعة، أو هلاك المريض إن تعدوا فيما أذن لهم، أو أهملوا، أو قصروا فيما يجب عليهم مراعاته من أصول مهنتهم، فنتج عن ذلك تلف أو هلاك(٣).

يعبر عدد كبير من الفقهاء والباحثين والأطباء عن تضمين الطبيب بالمسؤولية الطبية(٤)، ولذلك سأبين معنى المسؤولية لديهم، والعلاقة بين

---

(١) ينظر: نظرية الضمان، الزحيلي ص٢١- ٢٢.

(٢) ينظر: الشامل (١/ ٦٨٢) - شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٢٧) - التاج والإكليل (٧/ ٩٠) - الشرح الكبير (٣/ ٣٢٩) - تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٠٣ - معجم مقاليد العلوم ص٥٤ - أسنى المطالب (٢/ ٢٣٥) - مغني المحتاج (٣/ ١٩٨) - المغني (٤/ ٣٩٩) - المطلع ص٢٩٧ - المبدع (٤/ ٢٣٣) - الإنصاف (٥/ ٨٩).

(٣) ينظر: قضايا طبية، عبدالفتاح إدريس ص ٦٥ -الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء، بلحاج ص ١٢.

(٤) ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عودة ص ٣٠٥- أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص ٣٠٣ - نظرية الضمان، الزحيلي ص١٦ - مسؤولية الطبيب المهنية، الغامدي ص٢٦ - المسؤولية المدنية للأطباء عن أخطائهم الطبية، المعايطة ص ١٥ - آداب المهنة الطبية ص ٦٤.

هذا المعنى وبين معنى الضمان فأقول :

عرفت المسؤولية الطبية بعدد من التعريفات أبرزها ما يلي :

التعريف الأول : تحمل الطبيب نتائج أفعاله ومحاسبته عليها[١].

التعريف الثاني : هي التبعة الأخلاقية أو المالية أو الجنائية التي تترتب نتيجة فعل أو قول صادر من الطبيب ينبني عليه آثار دنيوية أو أخروية[٢]. وهذا التعريف أقرب ؛ لأنه جمع أنواع المسؤولية.

ووجه العلاقة بين الضمان والمسؤولية : أن الضمان يعتبر أثراً ناتجاً عن المسؤولية[٣].

أقسام المسؤولية الطبية[٤] :

تنقسم المسؤولية بوجه عام، ومنها الطبية إلى قسمين :

القسم الأول : **المسؤولية الطبية الأخلاقية (الأدبية).**

ويقصد بها : مجمل الآداب الشرعية التي ينبغي على الأطباء التزامها أثناء قيامهم بأعمالهم الطبية[٥].

ومن أمثلتها : الصدق، والأمانة، والوفاء بالمواعيد، وحفظ

---

(١) ينظر: قضايا طبية معاصرة في ميزان الشريعة، السرطاوي ص ٥٧.

(٢) ينظر: مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، التايه ص ٢٧.

(٣) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٠٣.

(٤) ينظر: مؤسسة المسؤولية، التونجي ص٧١- المسؤولية التقصيرية، سيد أمين ص٧٨ - نظرية الضمان، الزحيلي ص٤٠- مسؤولية الطبيب المهنية، الغامدي ص٣٤- ٣٩ - أحكام الجراحة الطبية ص٣٠١- التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٣٢ - قضايا طبية معاصرة، السرطاوي ص٥٧ - المسؤولية الطبية، بيومي ص١٥٥.

(٥) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣١٨.

العورات، وغيرها من قواعد الأخلاق والآداب التي ينبغي على الطبيب مراعاتها، والتي حثت عليها الشريعة الإسلامية وباقي الشرائع السماوية، ورسخها المصلحون والحكماء، وطبقها أفاضل الأطباء[١].

القسم الثاني : المسؤولية الطبية المهنية (القانونية).

ويقصد بها : التبعة المالية أو الجنائية التي تترتب نتيجة فعل أو قول صادر من الطبيب ينبني عليه آثار دنيوية أو أخروية[٢].

وهذه المسؤولية المهنية أو القانونية تتنوع إلى نوعين :

النوع الأول : المسؤولية الطبية المدنية :

ويقصد بها : إلزام الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي أصابت الغير من جهته، بسبب إخلاله بالعقد، أو قيامه بفعل ضار أثناء ممارسته العمل الطبي[٣].

والمسؤولية الطبية المدنية تنقسم إلى قسمين :

أولاً : مسؤولية عقدية : وهي التي " تترتب على الإخلال بالتزام تعاقدي "[٤].

ثانياً : مسؤولية تقصيرية : و"هي التي تنشأ نتيجة خطأ، ارتكبه شخص، فسبب به ضرراً لآخر، لا تربطه به رابطة عقدية "[٥].

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي، ص ٣١١- ٣١٩ - إسهامات المسلمين في أخلاقيات الطب، محمد قريبيز ص ٢٧٧ - ٢٩٧.

(٢) ينظر: مسؤولية الطبيب الجنائية، التايه ص٢٧.

(٣) مسؤولية الطبيب المهنية، الغامدي ص١٧٩.

(٤) المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، القاسم ص٨٢.

(٥) المصدر السابق ص٨٢.

وقد فرق بعض الباحثين بين المسؤولية العقدية والتقصيرية فقال : الطبيب الذي يعمل في القطاع الخاص تكون مسؤوليته عقدية إذا أخل بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد الطبي الذي أبرمه مع المريض، بينما الطبيب العامل في القطاع العام أو الذي يتدخل لإسعاف مصاب تكون مسؤوليته تقصيرية عندما يرتكب خطأ يلحق ضرراً بالمريض، أو إذا كان المطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر شخص آخر غير المريض المتعاقد مع الطبيب كما لو أقام ورثة المتوفى الدعوى على الطبيب المعالج(١)، ولذلك لا يمكن حسم مسؤولية الطبيب مطلقاً في أنها تقصيرية في كل الأحوال أو عقدية في كل الأحوال(٢).

النوع الثاني : المسؤولية الطبية الجنائية :

وقد عرفت بعدد من التعاريف منها ما يلي :

التعريف الأول : "التبعة التي يتحملها الطبيب نتيجة أفعاله المحرمة التي تستوجب عقوبة شرعية من حد أو قصاص أو تعزير، وإن لم تلحق ضرراً بالغير "(٣).

التعريف الثاني : "الالتزام القانوني القاضي بتحمل الطبيب الجزاء أو العقاب نتيجة إتيانه فعلاً أو امتناعه عن فعل يشكل خروجاً أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجنائية أو الطبية "(٤).

ومن خلال التعريفين السابقين يتبين أن المسؤولية الجنائية تقوم على

---

(١) ينظر: النظام السعودي لمزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان، مفلح بن ربيعان ص ٨٦.

(٢) ينظر: المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، بيومي ص ١٩٥.

(٣) مسؤولية الطبيب الجنائية، التايه ص٤٠.

(٤) مسؤولية الطبيب المهنية، الغامدي ص٦٨.

أساس العقوبة، فمتى وجد من الطبيب موجب من موجبات المسؤولية الجنائية استحق العقوبة.

وبذلك يمكننا التفريق بين المسؤولية المدنية للطبيب والمسؤولية الجنائية من حيث الآتي:

أ - المسؤولية المدنية تقوم على أساس مادي هو الضرر فحيثما وجد الضرر تثبت المسؤولية المدنية سواءً صدر هذا الضرر من عاقل رشيد أو من قاصر مجنون فلا عبرة هنا بالقصد والاختيار، بينما المسؤولية الجنائية تقوم على أساس الإدراك والاختيار إذ محلها الإنسان المدرك المختار.

ب - المسؤولية المدنية تقوم على أساس تعدي الطبيب على حقوق المريض، أما المسؤولية الجنائية فتقوم على أساس تعدي الطبيب على حق المجتمع.

ج - المسؤولية المدنية تختلف في الجزاء عن المسؤولية الجنائية، فحيث يكون الجزاء في المسؤولية المدنية الالتزام بضمان أو تعويض المريض أو ذويه عن الأضرار اللاحقة بهم يكون الجزاء في المسؤولية الجنائية هو العقوبة المترتبة على فعل استوجبها[(١)].

---

(١) ينظر: مسؤولية الطبيب المهنية، الغامدي ص٣٤،ص٦٨ - النظام السعودي لمزاولة مهنة الطب، القحطاني ص٨٣

المبحث الثاني
أدلة مشروعية ضمان الطبيب ومسؤوليته

دل على ضمان الطبيب ومسؤوليته أدلة متعددة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أولاً : دلالة الكتاب :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البَقَرة: ١٩٤].

الدليل الثاني : قال تعالى : ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النّحل: ١٢٦].

وجه الدلالة من الآيتين : أن الاعتداء على الأنفس والأرواح محرم في الشرع، فمن اعتدى جازت المقاصة منه بالمثل، وهي عامة في كل اعتداء(١)، والطبيب داخل في هذا العموم، فما وقع بسببه من ضرر للمريض عُدَّ إساءة وجناية توجب مجازاته ومعاقبته(٢).

الدليل الثالث : قال تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ﴾ [الأنعَام: ١٥١].

الدليل الرابع : قال تعالى : ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ

---

(١) ينظر: أحكام القرآن، ابن العربي (١/ ١٦٠) - الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٣٥٧) - تيسير الكريم الرحمن، ص٨٩

(٢) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص١٣٥ - ١٣٦.

وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

وجه الدلالة: حرمة الاعتداء على النفس الإنسانية، وشمول التحريم لكل نفس(١)، والتأكيد على مبدأ التضمين لمن اعتدى عليها أو على أجزاء منها، ويدخل فيه إيجاب الضمان على الطبيب المقصر(٢).

ثانياً : دلالة السنة :

الدليل الأول : عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)(٣).

وجه الدلالة : أنه لا يجوز للإنسان أن يُدْخِل الضرر على أحد، والضرر ينفى قبل وقوعه، ويدفع بعد وقوعه، والضرر لفظ عام متصرف في أكثر أمور الدنيا(٤)، ويدخل في ذلك مخالفة الطبيب لما أمره به المريض، وتعديه على جسمه فإن هذا يعد إلحاقاً للضرر به(٥).

الدليل الثاني : عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)(٦).

الدليل الثالث : ما جاء في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: (أيما طبيب تطبب على قوم، لا يعرف له تطبب قبل ذلك، فأعنت فهو ضامن)(٧).

---

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٧/ ١٣٣) - تيسير الكريم الرحمن ص٤٥٧.

(٢) ينظر: ضمان التلف في عمل الطبيب، تمام اللودعمي ص ١٩٩.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٥٦٥.

(٤) ينظر: الاستذكار (٧/ ١٩١) - كتاب الأربعين الطبية، البغدادي ص٢٣ - جامع العلوم والحكم (٢/ ٢١٠).

(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص١٣٧.

(٦) الحديث سبق تخريجه ص٧٠.

(٧) الحديث سبق تخريجه ص٢٢٢.

وجه الدلالة: إثبات مسؤولية الطبيب عندما يكون جاهلاً، ويتعاطى علماً لا يعرفه، وصنعة لا يحسنها[(١)]، و" تضمين المتطبب ما أتلفه من نفس فما دونها، سواءً أصاب بالسراية،أو المباشرة، وسواءً كان عمداً، أو خطأً "[(٢)]، وهذان الحديثان أصل في تضمين الطبيب حين يرتكب موجباً من موجبات الضمان[(٣)].

الدليل الرابع : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضَمَّن رجلا كًان يختن الصبيان، فقطع من ذكر الصبي فضمنه[(٤)] وجاء في بعض الألفاظ : (أن ختانة بالمدينة ختنت جارية فماتت، فقال لها عمر: ألا أبقيت كذا، وجعل ديتها على عاقلتها)[(٥)].

الدليل الخامس : ما روي أن علي رضي الله عنه خطب الناس فقال: (يا معشر الأطباء البياطرة، والمتطببين : من عالج منكم إنساناً أو دابة فليأخذ لنفسه البراءة، فإنه كان عالج شيئاً، ولم يأخذ لنفسه البراءة فعطب فهو ضامن)[(٦)].

---

(١) ينظر: معالم السنن (٤/ ٣٩) - بهجة قلوب الأبرار، السعدي ص١١٧.

(٢) سبل السلام (٣/ ٥٠٨).

(٣) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص١٣٧.

(٤) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٨٠٤٥)، وإسناده مرسل ؛ لأن راويه أبا المليح لم يدرك عمر رضي الله عنه. ينظر: مصنف عبدالرزاق (٩/ ٤٧٠) - الاستذكار (٨/ ٦٣) - التكميل، آل الشيخ ص٨٨.

(٥) هذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢٧٦٠٠)، وإسناده مرسل ؛ لأن راويه أبا المليح لم يدرك عمر رضي الله عنه. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٤٢٠) - الاستذكار (٨/ ٦٣) - التكميل، آل الشيخ ص٨٨.

(٦) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٨٠٤٧)، وابن عبدالبر في الاستذكار، ولم يتعقبه، والهندي في كنز العمال برقم (٤٠٢٠٣).ينظر: مصنف عبدالرزاق (٩/ ٤٧٠) - الاستذكار(٨/ ٦٣)-كنز العمال (١٥/ ٨٥)

ثالثاً : دلالة الإجماع :

أجمع العلماء على تضمين الطبيب إذا لم يكن من أهل الحذق والمعرفة،وجنت يده، وعدم تضمينه إذا لم يتجاوز الموضع المعتاد، أو إذا سرت جنايته دون خطأ منه أو تعد(١).

قال ابن المنذر : "وأجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر أو الحشفة أو بعضها فعليه ما أخطأ به يعقله عنه العاقلة "(٢).

وقال الخطابي : " لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً "(٣).

رابعاً : دلالة المعقول :

دل العقل والقياس على ضمان الطبيب ومسؤوليته، وذلك من الأوجه التالية :

الوجه الأول : قياس الطبيب على الجاني فكما يضمن الجاني سراية جنايته وخطئه فكذلك الطبيب يضمن سراية ما تسبب فيه من جراحة تعدى فيها، بجامع التعدي عن المحل المحدود بغير وجه حق(٤).

قال ابن القيم عند بيانه لتضمين الخاتن الجاهل : " فإن لم يكن

---

(١) ينظر: الإجماع، ابن المنذر ص١٧١ - بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٥) - البناية (١٠/ ٣١٨) - مرقاة المفاتيح (٦/ ٢٢٩٣) - الاستذكار (٨/ ٦٢) - بداية المجتهد (٤/ ١٦٨٨) - الإقناع، ابن القطان (٢/ ٢٧٩) - معالم السنن (٤/ ٣٩) - الكاشف، الطيبي (٨/ ٢٤٨٣) - فيض القدير (٦/ ١٠٦) - المغني (٥/ ٣٩٨) - الشرح الكبير (٦/ ١٢٤) - حاشية الروض المربع (٥/ ٣٣٩) - التنوير، الصنعاني (١٠/ ١٨٠).

(٢) الإجماع، ابن المنذر ص١٧١.

(٣) معالم السنن (٤/ ٣٩).

(٤) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص ١٤١ - أحكام الجراحة الطبية ص ٣٠٤.

من أهل العلم بصناعته ولم يعرف بالحذق فيها فإنه يضمنها ؛ لأنها سراية جرح لم يجز الإقدام عليها فهي كسراية الجناية مضمونة "[١].

الوجه الثاني : أن الطب أمانة، فمن تعلمه وامتهنه أصبح مسؤولاً عن ما يترتب على عمله الطبي من جزاء، وتتميز مسؤوليته عن أي مسؤولية أخرى بارتباطها المباشر بالنفس الإنسانية[٢]، والشريعة الإسلامية قد راعت العدل بين العباد، ودفع الظلم عنهم، والمسؤولية الطبية تعين على ذلك ؛ فوجب اعتبارها[٣]

الوجه الثالث : أن التطورات العلمية في مجال الطب جعلت مسؤولية الطبيب أمراً بالغ الأهمية والخطورة ينبغي معها الحرص على حماية المريض وانضباط مسؤولية الطبيب[٤].

---

(١) تحفة المودود، ابن القيم ص ١٩٤.

(٢) ينظر: مسؤولية الأطباء، النفيسة ص ١٦٥.

(٣) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص٣٠٥.

(٤) ينظر: الخطأ الطبي الجسيم، الفاعوري ص ٢٩.

المبحث الثالث

شروط ضمان الطبيب في العقد الطبي

يشترط لضمان الطبيب الشروط التالية :

الشرط الأول : أن يكون الطبيب مكلفاً، أي : بالغاً عاقلاً.

لا بد أن يكون الطبيب الذي يسأل عن خطئه بالغاً عاقلاً، ويدل على ذلك أدلة متعددة منها ما يلي :

الدليل الأول : ما ورد عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال : (رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)[١].

وجه الدلالة : هذا الحديث يدل على أن هؤلاء الثلاثة لا تكتب عليهم الآثام، ولا يتعلق بهم تكليف ما داموا متصفين بهلك الأوصاف[٢]، والطبيب داخل في جملة هؤلاء.

الدليل الثاني : أن العقل مناط التكليف، والتكليف مقتضاه الطاعة والامتثال، ولا يمكن حصول ذلك ممن لا يعقل أو لايفهم، حيث إن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال[٣].

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص١٦٨.

(٢) ينظر: سبل السلام (٣/ ١٨١) - نيل الأوطار (١/ ٣٧٠) - حاشية السندي على سنن النسائي (٦/ ١٥٦) - أصول الفقه على منهج أهل الحديث، زكريا الباكستاني ص ١٧٠.

(٣) ينظر: المستصفى ص٦٧ - الإحكام، الآمدي (١/ ١٩٩).

الدليل الثالث : أن الوجود الشرعي للمسؤولية موقوف على توفر شرط الإدراك، فمن كان غير مدرك فلا مسؤولية عليه(١).

وبذلك يتبين أن الطبيب إذا كان مجنوناً، أو صغيراً لم يبلغ فإنه لا مسؤولية عليه.

الشرط الثاني : أن يكون الطبيب مختاراً :

والاختيار معناه : " القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر "(٢).

والاختيار حتى يكون صحيحاً له شرطان :

الشرط الأول : أن يصدر عن شخص مكلف يحق له الاختيار.

الشرط الثاني : أن يكون قصده مستقلاً دون خضوع لسلطان أحد عليه(٣).

وقد دلت الأدلة الشرعية على اعتبار هذا الشرط، ومن ذلك الأدلة التالية :

الدليل الأول : قال الله تعالى : ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النّحل : ١٠٦].

وجه الدلالة : أن المرء يعذر بالإكراه، والمكره لا يؤاخذ بما أكره عليه، وقد أسقط الله حكم الكفر عن المكره، والكفر أعظم الذنوب، فإذا سقط حكم الكفر بالإكراه فما دونه من باب أولى(٤).

---

(١) ينظر : أخلاقيات الطبيب، الجفال (٣ / ٨٨).

(٢) كشف الأسرار، البخاري (٥٣٨/٤) (٣) ينظر : مسؤولية الطبيب، التايه ص٦٧.

(٤) ينظر : أحكام القرآن، ابن العربي (١/ ٣١١) - أضواء البيان (٣/ ٢٥١) (٥/ ٥٣٢) – أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله ص٧١.

الدليل الثاني : عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[١].

وجه الدلالة : أن الله عفى عن المكره الذي يأتي الفعل دون اختيار منه ؛ لأن الإكراه يصير المكره كغير القاصد، مما يدل على أن الاختيار شرط عام في كل التكاليف[٢].

مما سبق يتبين أن الطبيب إذا أقدم على فعل فنتج عن فعله جناية وكان هذا الفعل دون اختيار منه فإنه لا يسأل عن هذا الفعل فيما يتعلق بحقوق الله ﷻ، أما ما يتعلق بحقوق الآدميين فلا تسقط بالإكراه ؛ لأن إيجابها من باب الربط بين الأسباب ومسبباتها[٣].

الشرط الثالث أن يكون الفاعل طبيباً متخصصاً معروفاً في عمله.

يشترط للمسؤولية الطبية كون العصيان ناتج عن فعل طبيب، أما المعصية التي تقع من شخص لا يوصف بأنه طبيب لحظة وقوعها فلا تدرج تحت المسؤولية الطبية الجنائية.

وبناء على ذلك فإنه يخرج من المسؤولية الطبية كل من لا يوصف بأنه طبيب[٤].

---

(١) الحديث أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٩٠٥١)، وابن ماجه واللفظ له في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي برقم (٢٠٤٥) والطبراني في الكبير برقم (١١٢٧٤)، والدارقطني برقم (٤٣٥١)، والبيهقي في السنن الكبرى برقم (١١٧٨٧)، وقد صححه الحاكم، وقال عنه ابن كثير: إسناده جيد، وصححه الألباني في الإرواء. ينظر: مصنف عبدالرزاق (٤/ ١٧٢) سنن ابن ماجة (٣/ ٢٠١) - المعجم الكبير (١١/ ٣٣) - - سنن الدارقطني (٥/ ٣٠٠) – السن الكبرى، البيهقي (٦ / ٨٤) - المستدرك (٢/ ٢١٦) - تحفة الطالب، ابن كثير ص ٢٧١ – إرواء الغليل، مصدر سابق، (١/ ١٢٣).

(٢) ينظر: إكمال المعلم (٥/ ١٢٩) - فيض القدير (٢/ ٢٦٧).

(٣) ينظر: التيسير، المناوي (١/ ٢٦٣) – التنوير، الصنعاني (٣/ ٣٤٩).

(٤) ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عودة ص٣٠٦ – مسؤولية الطبيب الجنائية، التايه ص٦٢.

الشرط الرابع : حصول موجب الضمان من قبل الطبيب : بأن يكون الطبيب جاهلاً، أو يحصل منه تفريط، أو تجني يده، سواءً عمداً، أو خطأ، أو ألَّا يكون مأذوناً له(١).

قال السرخسي : " لا يضمن إلا أن يخالف لمجاوزة الحد، أو يفعل بغير أمره فيكون ضامناً حينئذ "(٢).

فكل " من تعاطى مهنة الطب وهو جاهل فهو ضامن كل ما تلف بسببه من النفس فما دونها "(٣).

الشرط الخامس : وجود ضرر يلحق المريض ناتج عن إجراء طبي؛ لأن الضمان إنما شرع جبراً للضرر، ورفعاً له عن المعتدى عليه، فإذا لم ينشأ الضرر لم يجب الضمان(٤).

والضرر : كل أذى يلحق الإنسان، سواء في بدنه، أو نفسه، أو ماله(٥).

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/ ١٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١١٨، ١٣٧) - العناية (٩/ ١٢٨) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٧) - البيان والتحصيل (٤/ ٢٥٣)(٩/ ٣٤٩) - القوانين الفقهية ص٢٢١ - التاج والإكليل (٧/ ٥٥٧) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢٨) - الحاوي (٧/ ٤٢٥-٤٢٧) - نهاية المطلب (٨/ ١٦١-١٦٢) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٩) (١٠/ ١٨٥) - حواشي التحفة (٤/ ٢٩) - المغني (٥/ ٣٩٨) - المبدع (٤/ ٤٤٧)- الإنصاف (٦/ ٧٤) - كشاف القناع (٤/ ٣٥).

(٢) المبسوط (١٦/ ١٨).

(٣) فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم (٨/ ١٠٤). وينظر: شروط المساءلة عن الخطأ الطبي وبعض المبادىء القضائية فيه، عبدالسلام الشويعر (٥/ ٥٠٨٦).

(٤) ينظر: مسؤولية الطبيب المهنية، الغامدي ص٩٦ – الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٧٩) - الخطأ الطبي، ميادة (٥/ ٤٤٣٣) – التجارب الطبية، العثمان ص٤٧٧.

(٥) ينظر: نظرية الضمان، الزحيلي ص٢٩ - مسؤولية الطبيب المهنية ص١٩٣ - الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٧٩).

والضرر الناتج عن الخطأ يشترط فيه عدد من الشروط ليثبت به مساءلة الطبيب، ومنها :

أولاً : أن يثبت وقوع الخطأ بإحدى طرق الإثبات.

ثانياً : أن يكون الضرر محققاً، بأن يكون الضرر قد وقع، فإذا لم يقع الضرر لم تجب المساءلة.

ثالثاً : أن يثبت أن ما لحق المريض من ضرر كان بسبب ما وقع فيه الطبيب من خطأ، بأن يكون الخطأ الطبي هو الذي أفضى إلى ذلك الضرر، وتكون العلاقة بين الضرر والخطأ مباشرة[١].

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٠١ - مسؤولية الطبيب المهنية، الغامدي ص٩٦ - ١٠١ - الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٧٩) - إثبات خطأ الممارس الصحي، الغامدي ص٢٧٤- ٢٧٥.

المبحث الرابع

أحوال ضمان الطبيب في العقد الطبي، وكيفيته

الطبيب في العقد الطبي لا يخلو من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يتم العقد الطبي بين المريض وبين الطبيب مباشرة، ويكون الطبيب ممن يتقبل أي مريض في أيِّ وقت، ويفتح عيادته لعموم الناس كالأطباء الذين يقومون بإنشاء مراكز صحية خاصة بهم يمارسون من خلالها الإجراءات الطبية والعلاجية، وكمعامل التحليل، ومراكز الأشعة ونحوها.

الحالة الثانية: أن يتم العقد الطبي بين المريض وبين الطبيب مباشرة، ويكون الطبيب مختصاً بمريض معين،أو جهة معينة، كمن يتعاقد مع شخص معين يشرف على حالته، ويهب وقته كله له، أو يقوم الطبيب برعاية المريض ومتابعة حالته الصحية مدة من الزمن، يختص المريض فيها بنفعه دون غيره.

الحالة الثالثة: أن يتم العقد الطبي بين المريض وبين المنشأة الصحية، ويكون الأطباء مرتبطين بعلاقة تعاقدية مع هذه المنشآت الصحية، بحيث تقوم بدفع الأجور لهم نظير خدماتهم الطبية التي يقدمونها(١).

---

(١) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص١٠٩ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، السيد رضوان ص٤١ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص ٤٧٢ - الخبرة الطبية وأثرها في الإثبات (١/ ٢٤٧) - ضمانات جنايات أطباء المستشفيات الخاصة في الفقه الإسلامي، عبدالإله المزروع ص٢٣١، ٢٤٨.

كيفية ضمان الطبيب في هذه الحالات :

أولاً : كيفية ضمان الطبيب في الحالة الأولى (أن يتم العقد الطبي بين المريض وبين الطبيب مباشرة، ويكون الطبيب ممن يتقبل أي مريض في أيِّ وقت، ويفتح عيادته لعموم الناس): الطبيب في هذه الحالة يكيف بأنه أجير مشترك، والأجير المشترك اختلف الفقهاء في تضمينه، والكلام فيه على النحو التالي:

أولاً : اتفق الفقهاء على أن الأجير المشترك إذا تعدى أو فَرَّط فإنه يضمن[1].

قال في النتف : " أن يكون هلاكه من جناية يده فانه يضمن، متفقاً عليه "[2].

وفي البيان والتحصيل: " الأجير لا يضمن إلا أن يفرط أو يضيع أو يتعدى: صحيح لا اختلاف فيه"[3].

وفي روضة الطالبين: " هذا كله إذا لم يتعد الأجير، فإن تعدى وجب الضمان قطعاً "[4].

ثانياً : اختلف الفقهاء في تضمين الأجير المشترك إذا لم يتعد ولم يفرط على أقوال :

---

(١) ينظر في نقل الإجماع: النتف في الفتاوى (٢/ ٥٦١) - البيان والتحصيل (٨/ ٤٣٠) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) وينظر في الموافقة عليه: بدائع الصنائع (٤/ ٢١١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٣) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٦) - المدونة (٣/ ٤٢٧) - الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ٧٥٧) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢٦) - الأم (٤/ ٣٨) - الحاوي (٧/ ٤٢٦) - مغني المحتاج(٣/ ٤٧٧) - المغني (٥/ ٣٨٩) - الإنصاف (٦/ ٧٢) - كشاف القناع(٤/ ٣٣).

(٢) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٦١).

(٣) البيان والتحصيل (٨/ ٤٣٠).

(٤) روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨).

القول الأول : أن الأجير المشترك لا ضمان عليه، وبه قال بعض السلف[١]، وبعض الحنفية[٢]،والمالكية في غير الصناع[٣]، والشافعي، وهو الأظهر عند الشافعية[٤]، وبه قال بعض الحنابلة[٥]، وابن حزم[٦].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : أن رسول الله ﷺ قال : (لا ضمان على مؤتمن)[٧].

وجه الدلالة : أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان، والأجير المشترك أمين، فدل الحديث على إسقاط الضمان عن الأجراء[٨].

ونوقش : بأن الحديث ضعيف، وإسناده لا يعتمد عليه[٩].

---

(١) منهم: النخعي، وابن سيرين، والشعبي، وشريح، وغيرهم. ينظر: الأم (٧/ ١٠٢-١٠٣) - الحاوي (٧/ ٤٢٦) - المغني (٥/ ٣٨٩) - المحلى (٧/ ٢٩ - ٣٠).

(٢) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٨٦) - بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠) - الهداية (٣/ ٢٤٢) - مجمع الأنهر (٢/ ٣٩١).

(٣) ينظر: الكافي (٢/ ٧٥٧) - البيان والتحصيل (٤/ ٢٤٣) - منح الجليل (٧/ ٥١٣) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢٦).

(٤) ينظر: الأم (٧/ ١٠٢) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧).

(٥) ينظر: الإنصاف (٦/ ٧٢ - ٧٣).

(٦) ينظر: المحلى (٧/ ٢٨-٢٩).

(٧) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه برقم (٢٩٦١)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٣٠٧٦)، وضعفه البيهقي، وابن عبدالهادي، والذهبي، وابن الملقن، وابن حجر، وقواه الألباني في الإرواء. ينظر: سنن الدارقطني (٣/ ٤٥٥) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٢٨٩) - تنقيح التحقيق، ابن عبدالهادي (٣/ ٧٧) - تنقيح التحقيق، الذهبي، (٢/ ١٣٨) - البدر المنير (٧/ ٣٠٢) - التلخيص الحبير (٣/ ٢١٤) - إرواء الغليل (٥/ ٣٨٦).

(٨) ينظر: البناية (١٠/ ٣١٢) - المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٣) - نيل الأوطار (٥/ ٣٥٤).

(٩) ينظر: تنقيح التحقيق، ابن عبدالهادي(٣/ ٧٧).

الدليل الثاني : أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة، فلا تصبح مضمونة كالعين المستأجرة(١)، " ولأن عقد الإجارة لما جعل يد المستأجر يد أمانة وجب أن يجعل يد الأجير يد أمانة، ولأنه لما كان أحد الأجيرين وهو المنفرد مؤتمناً وجب أن يكون الأجير المشترك مؤتمناً "(٢).

ونوقش : بأن الأصل عدم ضمانه كالمستأجر لكن عدل عن هذا الأصل عملاً بالآثار الواردة، وإعمالاً للمصلحة العامة في صيانة أموال الناس من الأجراء(٣).

الدليل الثالث : أن الأجير المشترك قد أخذ المال لمنفعة نفسه ومنفعة مالكه، فلا يضمن إلَّا بالتعدي(٤).

ونوقش : بأنه ضُمِّن للمصلحة العامة في صيانة أموال الناس من الأجراء(٥).

القول الثاني : التفريق بين ما انفرد به الأجير المشترك، وما لم ينفرد به، فالأجير المشترك يضمن إذا انفرد باليد وكان صانعاً، أو عاملاً في طعام، وهذا قول المالكية في الصناع(٦)، وهو قول عند الشافعية(٧)، والحنابلة(٨)، ولم يقيدوه بأن يكون صانعاً، أو عاملاً في طعام، بل

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٨٩).

(٢) الحاوي (٧/ ٤٢٧).

(٣) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٣٤.

(٤) ينظر: الحاوي (٧/ ٤٢٧).

(٥) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٣٤.

(٦) ينظر: الكافي (٢/ ٧٥٧) - البيان والتحصيل (٤/ ٢٤٣) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٠) – الشرح الكبير (٤/ ٢٨).

(٧) ينظر: فتح العزيز (٦/ ١٤٩) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - جواهر العقود (١/ ٢١٢) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧)

(٨) ينظر: المغني (٥/ ٣٨٩) - الشرح الكبير (٦/ ١٢١) - الإنصاف (٦/ ٧٢) - كشاف القناع (٤/ ٣٤).

قالوا: إذا انفرد باليد وكان يعمل في غير ملك المستأجر ضمن، ولا يضمن إن عمل في ملك المستأجر، أو ما تحت يده.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: الآثار الواردة عن عمر وعلي رضي الله عنهما، ومنها ما يلي:

أ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضمن الصَّبَّاغ الذي يعمل بيده(١).

ب - عن علي رضي الله عنه أنه كان يُضَمِّن القَصَّار والصَّوَّاغ(٢)، وقال رضي الله عنه: (لا يصلح الناس إلا ذلك)(٣).

وجه الدلالة: أن هذه الآثار تدل دلالة واضحة على تضمين الصناع دون غيرهم من الأجراء(٤).

ونوقش: بأن هذه الآثار ضعيفة لا تصح(٥).

وفي ذلك يقول الإمام الشافعي رحمه الله: " وليس في هذا سنة أعلمها، ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي ﷺ، وقد

---

(١) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٤٩٤٩)، وضعفه الشافعي، والبيهقي، وابن الملقن، وابن حجر. ينظر: مصنف عبدالرزاق (٨/ ٢١٧) - الأم (٧/ ١٠٢) - معرفة السنن والآثار (٨/ ٣٣٨) - البدر المنير (٧/ ٤٦) - التلخيص الحبير (٣/ ١٤٧).

(٢) الصَّوَّاغ: الذي يسبك الشيء، ويقصد به الذي يصوغ الحلي. ينظر: المحكم (٦/ ٣٧) - النهاية (٣/ ١٠).

(٣) هذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم(٢١٠٥١)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٢٠٠٠)، وضعفه الشافعي، والبيهقي، وابن حجر، والألباني. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٣٦٠) – الأم (٧/ ١٠٢) – معرفة السنن والآثار (٨/ ٣٣٨) – السنن الكبرى (٦/ ١٢٢) – التلخيص الحبير (٣/ ١٤٧) - إرواء الغليل (٥/ ٣١٩).

(٤) ينظر: البيان والتحصيل (٤/ ٤٣).

(٥) ينظر: الأم (٤/ ٣٨) - البدر المنير (٧/ ٤٦) - التلخيص الحبير (٣/ ١٤٧) - إرواء الغليل(٥/ ٣١٩).

روي فيه شيء عن عمر وعلي ليس يثبت عند أهل الحديث"[١].

الدليل الثاني : استدل المالكية على تضمين الصناع فقالوا : المصلحة اقتضت تضمين الصناع ؛ لأن من شأنهم الفقر والحاجة، مع رقة الدين غالباً، والناس مضطرون إليهم، لأنه ليس كل أحد يحسن الصناعة،

فلو لم يضمنوا لاجترؤوا على أكل أموال الناس، وادعوا تلفها، فجاز تضمينهم صيانة لأموال الناس[٢].

ونوقش : بأنه لا فرق بين الصناع وغيرهم ؛ "لأن عمر إن كان ضمن الصناع فليس في تضمينه لهم معنى إلا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجرًا على ما ضمنوا، فكل من كان أخذ أجراً فهو في معناهم"[٣]

الدليل الثالث : استدل الشافعية والحنابلة : بأن الأجير المشترك إذا عمل في ملك المستأجر فكأنه سَلَّمَ نفسه له، فصار كالأجير الخاص، والأجير الخاص لا يضمن، وبأن المال غير مُسَلَّم إليه حقيقة، وإنما استعان به المالك، فصار كالوكيل، فلا يضمن[٤].

ونوقش : بأن وجوب الضمان على الأجير لجناية يده، فلا فرق بين حضور المالك وغيبته، كالعدوان بالتعدي والتفريط، ولأن الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون[٥].

---

(١) الأم (٤/ ٣٨).

(٢) ينظر : الإشراف (٢/ ٦٦٥) - المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٣) - منح الجليل (٧/ ٥١٣).

(٣) الأم (٤/ ٣٩).

(٤) ينظر : روضة الطالبين (٥/ ٢٢٩) - المغني (٥/ ٣٨٩).

(٥) ينظر : المغني (٥/ ٣٩٠).

والقياس على الوكيل معارض بما إذا انفرد باليد فإنه لا يضمن، والقياس على الأجير الخاص معارض بما إذا عمل الخاص في غير ملك المستأجر فلا يضمن، وهذا يخالف مقتضى هذا القول في الأجير المشترك[(١)].

القول الثالث: التفريق بين ما يمكن التحرز منه، وما لا يمكن التحرز منه، فما أمكن الأجير المشترك التحرز منه كالسرقة، والغصب فهو ضامن له، وما لم يمكنه التحرز منه كالموت، والحريق الغالب ونحوه فلا يضمنه، وهذا قول أبي يوسف، ومحمد بن الحسن[(٢)]، ورواية عن الإمام أحمد[(٣)].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: الآثار الواردة عن الصحابة في تضمين الأجير المشترك، حيث إن عمر وعلياً رضي الله عنهما ضمنا الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس، وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب والسرقة الغالبة، وما لا يمكن التحرز منه[(٤)].

ونوقش: بأن هذه الآثار ضعيفة لا تصلح للاحتجاج بها.

الدليل الثاني: أن الحفظ مستحق على الأجير؛ إذ لا يمكنه العمل إلّا به، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز منه كان التقصير من جهته فيضمنه، قياساً على الوديعة إذا كانت بأجر، أما إن هلك بسبب لا يمكنه

---

(١) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٣٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥) - درر الحكام شرح المجلة (١/ ٥٩٨).

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٥) - المبدع (٤/ ٤٤٦) - الإنصاف (٦/ ٧٣).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠).

الاحتراز منه فلا يضمنه ؛ لأنه لا تقصير من جهته[(١)].

ونوقش : بأن الحفظ مستحق على الأجير تبعاً لا مقصوداً ؛ حيث إن" العقد وارد على العمل لكونه أجيراً مشتركاً، والحفظ ليس بمقصود أصلي، بل لإقامة العمل فكان تبعاً"[(٢)].

القول الرابع : التفريق بين ما تلف بفعل الأجير المشترك وبين ما تلف بغير فعله، بحيث إذا كان التلف بفعله فإنه يكون ضامناً له، سواء أكان متعدياً أم غير متعد، قاصداً أم مخطئاً، أما ما تلف بغير فعله، فلا يضمنه إن لم يكن منه تعد أو تفريط، وهذا قول أبي حنيفة، وبعض الحنفية[(٣)]، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[(٤)].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣].

وجه الدلالة : أن الأجير المشترك إذا لم يتعد فلا ضمان عليه، فما تلف بغير فعله فغير مضمون عليه ؛ لأنه مأذون له في القبض، وحصول الهلاك بغير فعله[(٥)].

الدليل الثاني : الآثار الواردة عن عمر وعلي رضي الله عنهما في تضمين الصُّنَّاع، وحملوها على أن الأجير يضمن ما تلف بفعله.

---

(١) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٢) - العناية (٩/ ١٢٢).

(٢) العناية (٩/ ١٢٢).

(٣) ينظر: سبق تخريجه ص٧٢٩.

(٤) ينظر: المغني (٥/ ٣٨٨) - المبدع (٤/ ٤٤٦) - الإنصاف (٦/ ٧٢-٧٣) - كشاف القناع (٤/ ٣٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠).

ونوقش بأن هذه الآثار ضعيفة لا تصح.

الدليل الثالث : أن الأجير المشترك يضمن ما تلف بفعله ؛ لأن عمله مضمون عليه، وما تولد عنه يجب أن يكون مضموناً، ولا يضمن ما تلف بغير فعله ؛ لأنها عين مقبوضة بإذن مالكها، لم يحصل منه إتلاف لها، ولم يقبضها لغرض خاص له، فلا يضمنها[(١)].

الترجيح : الراجح أن الأجير يضمن ما تلف بفعله إذا كان يمكنه التحرز منه، أما ما تلف بغير فعله، أو بما لا يمكنه التحرز منه فإنه لا يضمنه، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي :

أ - أن الأصل عدم تضمين الأجير المشترك، وإنما ضُمِّن إعمالاً للمصلحة العامة، وصيانة لحقوق الناس، ولا مصلحة في الحكم بتضمينه شيئاً لم يحدث بفعله.

ب - أن المخاطر العامة من الغرق والحريق والهلاك العام التي قد تقع لا يد للأجير فيها، فهي تحدث في مال الأجير ومال غيره، والتحفظ عنها فيه كلفة، فلا تلزم الأجير[(٢)].

ثانياً : حكم تضمين الطبيب في الحالة الثانية (أن يتم العقد الطبي بين المريض وبين الطبيب مباشرة، ويكون الطبيب مختصاً بمريض معين، أو جهة معينة)

الطبيب في هذه الحالة أجير خاص، والأجير الخاص مختلف في ضمانه بين الفقهاء على قولين :

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٨٩) - شرح الزركشي على الخرقي (٤/ ٢٤٥) - المبدع (٤/ ٤٤٦).

(٢) ينظر: آثار عقد الإجارة، المشعل ص٣٤٣.

القول الأول : أنه ضامن لما تحت يده، وهذا القول رواية عند الشافعية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : ما ورد عن علي رضي الله عنه أنه كان يُضَمِّن القَصَّار والصَّوَّاغ، وقال رضي الله عنه : (لا يصلح الناس إلا ذلك)[٣].

وجه الدلالة : أن هذا الأثر يدل دلالة واضحة على تضمين الصُّنَّاع، فيجب الضمان عليهم دون غيرهم من الأجراء[٤].

ونوقش هذا الدليل من الوجهين التاليين :

الوجه الأول : أن هذا الأثر الوارد عن علي رضي الله عنه ضعيف، لا يصلح للاحتجاج به.

الوجه الثاني : على التسليم بصحته فهو محمول على الأجير المشترك، فإن الوارد عن علي رضي الله عنه أنه كان يُضَمِّن القصَّار والصَّوَّاغ، وهؤلاء الأصل فيهم أنهم من قبيل الأجراء المشتركين لا الخاصين، فيحمل ما جاء عنه مطلقاً من القول بالتضمين على ما جاء مقيداً من أمثال هؤلاء[٥].

الدليل الثاني : القياس على المُسْتَام[٦]، فكما أنه يضمن، فكذلك

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٤٢٥) - نهاية المطلب (٨/ ١٥٧) - الوسيط (٤/ ١٨٨) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧).

(٢) ينظر: الإرشاد، ابن أبي موسى ص٢١٠-٢١١ - شرح الزركشي (٤/ ٢٤٤) - الإنصاف (٦/ ٧١).

(٣) هذا الأثر سبق تخريجه ص٤٥٢.

(٤) ينظر: البيان والتحصيل (٤/ ٤٣).

(٥) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٠).

(٦) المستام: هو طالب السلعة ليشتريها، والسوم: عرض السلعة، وهو من البائع: عرضها للبيع، ومن المشتري: طلب بيعها. ينظر: لسان العرب (١٢/ ٣١٤) - المصباح المنير(١/ ٢٩٧).

الأجير الخاص، بجامع أن كلاً منهما أخذه لمنفعة نفسه[١].

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ فإن الأجير الخاص أخذه لمنفعة نفسه ومنفعة المستأجر، بخلاف المُسْتَام[٢].

القول الثاني: أنه لا ضمان على الأجير الخاص ما لم يتعد، أو يفرط، وهذا قول حكى الحنفية الاتفاق عليه[٣]، وهو قول المالكية[٤]، والأظهر عند الشافعية[٥]، وهو مذهب الحنابلة[٦]، وبه قال ابن حزم[٧].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن من أكل أموال الناس بالباطل تضمين من لم تجن يده كالأجير الخاص، فماله حق له، وأجره محفوظ عليه، ما لم يتعدَّ هو، فيتعدى عليه بمثل ما تعدى[٨].

الدليل الثاني: أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص.

---

(١) ينظر: مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧).

(٢) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٣) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٨٦) - بدائع الصنائع (٤/ ٢١١) - معين الحكام ص٢٠٠- حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠)

(٤) ينظر: النوادر (٧/ ٥٣) - الإشراف (٢/ ٦٦٥) - المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٤) - مواهب الجليل (٥/ ٤٢٨).

(٥) ينظر: الأم (٤/ ٣٨) - الحاوي (٧/ ٤٢٦) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٧-٤٧٨).

(٦) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٠)- المبدع (٤/ ٤٤٥) - الإنصاف (٦/ ٧١) - كشاف القناع (٤/ ٣٣).

(٧) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٨) ينظر: المحلى (٧/ ٢٩).

الدليل الثالث : أن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه فيما أمر به فلم يضمن كالوكيل(١).

الترجيح : القول الراجح : أنه لا ضمان على الأجير الخاص إلَّا إذا تعدى أو فرط، ويؤيد ذلك ما يلي :

أ - أنه قد حكي الإجماع عليه.

ب - أن ما نقل عن الإمام الشافعي في تضمينه ليس صريحاً في ذلك، بل نُقِل عن بعض الشافعية : " أن الشافعي كان يرى أن الأجراء لا يضمنون، ولكنه كان لا يبوح به لأجراء السوء"(٢).

ج - أن أدلة القائلين بعدم تضمين الأجير الخاص أقوى، وأصرح في الدلالة على المقصود.

وبعد عرض ما سبق هل يأخذ الطبيب حكم تضمين الأجير المشترك أو الخاص في الصورتين السابقتين أم لا ؟

الذي عليه جمهور الفقهاء أن حكم تضمين الطبيب مستثنى من أحكام تضمين الأجراء، سواءً كانوا أجراء خاصين أو مشتركين(٣).

---

(١) ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥) - المغني (٥/ ٣٩٠) - المبدع (٤/ ٤٤٥)

(٢) نهاية المطلب (٨/ ١٦٠).

(٣) وحكى في الفروع والإنصاف قولاً بأن الطبيب إن كان أجيراً مشتركاً فله حكم الأجير المشترك في الضمان، وإن كان خاصاً فله حكم الخاص، وقولاً آخر عن ابن عقيل: بعدم الضمان في الأجير المشترك لا غير، وقال ابن عقيل: لأنه الغالب من هؤلاء، وأنه لو استؤجر لحلق رؤوسٍ يوماً فجنى عليها بجراحه لا يضمن، كجنايته في قصارة وخياطة ونجارة. ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٧) - العناية (١٠/ ٣١٨) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٨) - البيان والتحصيل (٤/ ٢٥٣) - المقدمات الممهدات (٢/ ٢٥١) - التاج والإكليل (٧/ ٥٥٧) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٢٨) - الأم (٦/ ١٩٠) - الحاوي (٧/ ٤٢٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٩) (١٠/ ١٨٥) - مغني المحتاج (٥/ ٥٣٨) - المغني (٥/ ٤٠٢) - الفروع (٧/ ١٧٦) - المبدع (٤/ ٤٤٧) - الإنصاف (٦/ ٧٤) - كشاف القناع (٤/ ٣٥). =

جاء في الحاوي : " فإن ظهرت منه جناية عن عمد أو خطأ فهو ضامن لما حدث بجنايته، وإن لم تظهر منه جناية، فإن حجم أو ختن حراً فلا ضمان عليه، سواءً كان الحجام منفرداً أو مشتركاً "(١).

وجاء في الإنصاف : " ولا ضمان على حجام ولا ختان... ولا طبيب إذا عرف منهم حذق الصنعة، ولم تجن أيديهم...... ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب : أنه لا ضمان عليه، سواء كان أجيراً خاصاً أو مشتركاً، وهو صحيح، وقدمه في الفروع وغيره"(٢).

والأسباب التي دعت الفقهاء إلى إفراد تضمين الطبيب ومن في حكمه بكلام مستقل أبرزها ما يلي:

أولاً : حاجة الناس للعلاج، المُعَبَّر عنها بالضرورة الاجتماعية، فحاجة المجتمع إلى عمل الطبيب ماسة، وقد يحمله خوف التضمين على الامتناع عن مباشرة الطب، وقد عَبَّر عن ذلك في العناية بقوله : " لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة "(٣).

ثانياً : أن العمل الطبي قد ينتج عنه مضاعفات للمريض لا يمكن التحرز عنها ؛ لأنها تنبني على اختلاف الناس في قوة تحملهم، وتفاوت طبائعهم. وقد أشار إلى ذلك في العناية بقوله : " وجه ذلك : أن الهلاك ليس بمقارن، وإنما هو بالسراية(٤) بعد تسليم العمل، والتحرز عنها غير

---

(١) الحاوي (٧/ ٤٢٧).

(٢) الإنصاف (٦/ ٧٤).

(٣) العناية (٩/ ١٢٨).

(٤) السراية: تعدي أثر الجرح، وتجاوز العطب محله وانتقاله، وقد تؤثر في النفس بالموت، وفيما دونها بالتلف، والعطب. ينظر: طلبة الطلبة ص٦٧ - المصباح المنير(١/ ٢٧٥) - المغني(٨/ ٣٣٩) - معجم لغة الفقهاء ص٢١٧

ممكن ؛ لأنه أي : السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم، وما هو كذلك مجهول، والاحتراز عن المجهول غير مُتَصَوَّر، فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل"[١].

ثالثاً : أن العمل الطبي مقيد بإذن المريض، فإذا أذن المريض جاز للطبيب مباشرة عمله الطبي، وما كان مأذوناً فيه لم تضمن سرايته، قياساً على سراية إقامة الحد والقود فإنها غير مضمونة ؛ ولأن الحر لا تثبت عليه اليد[٢]، ولا يضمن بالعقد[٣]. وقد أشار إلى ذلك ابن مفلح بقوله : "ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا طبيب ولا بيطار عرف حذقهم ولم تجن أيديهم، خاصاً كان أو مشتركاً؛ لأن ما أذن فيه لا تضمن سرايته، كحد وقود، لأنه لا يمكن أن يقال اقطع قطعاً لا يسري"[٤].

ثالثاً : كيفية تضمين الطبيب في الحالة الثالثة : (أن يتم العقد الطبي بين المريض وبين المنشأة الصحية، ويكون الأطباء مرتبطين بعلاقة تعاقدية مع هذه المنشآت الصحية) :

بالنظر في نوع العقد الناشيء في هذه الحالة يتبين أن هناك ثلاث علائق :

العلاقة الأولى : العلاقة بين المريض وبين المنشأة الصحية، وهذه العلاقة تأخذ حكم الأجير المشترك؛ لأن المنشأة الصحية تقدم العلاج لعموم المرضى مقابل العوض الذي يقدمه المريض، ولأن عملها متعلق

---

(١) العناية (٩/ ١٢٧ - ١٢٨). (٢) ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥).
(٣) ينظر: المحيط البرهاني (٧/ ٥٨٨) - الاختيار (٢/ ٥٤) - الفتاوى الهندية (٤/ ٥٠١).
(٤) الفروع (٧/ ١٧٦).

بإنجاز العمل الطبي المتفق عليه[١] وقد تبين حكم تضمين الطبيب إذا كان في صورة الأجير المشترك سابقاً، والمنشأة الصحية تأخذ حكمه، ولا يضمن الطبيب إلَّا إذا تحققت أحد موجبات تضمينه.

العلاقة الثانية : العلاقة بين الطبيب وبين المنشأة الصحية، وهذه العلاقة تأخذ حكم الأجير الخاص ؛ لأن الطبيب يعمل لصالح تلك المنشأة الصحية، ويأخذ عوضه منها، وتعاقد المرضى يتم مع المنشأة الصحية، وليس مع الأطباء العاملين فيها[٢].

العلاقة الثالثة : العلاقة بين المريض وبين الطبيب الذي يعمل في المنشأة الصحية، ويتبين أنه لا يوجد بينهما علاقة تعاقدية مباشرة، فالطبيب نائب عن المنشأة الصحية في تقديم الخدمة العلاجية للمرضى، والذي يجب تضمينه في هذه الحالة هو المنشأة الصحية، وأما الطبيب فتكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية، وليست مسؤولية عقدية، فيجب تضمينه عند التعدي أو التفريط[٣]، وقد قرر جمهور الفقهاء أن الأجير المشترك إذا استأجر أجيراً خاصاً فلا ضمان على الأجير الخاص إذا لم يتعد، ولم يفرط، وإنما يكون الضمان على الأجير المشترك[٤] ويؤيد هذا ما يلي :

---

(١) ينظر: ضمانات جنايات أطباء المستشفيات الخاصة، المزروع ص٢٤٩ - ٢٥٠.

(٢) ينظر: المصدر السابق ، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٣) ينظر: المصدر السابق ص٢٥١ - ٢٥٢.

(٤) ينظر: المبسوط (١١/ ٢٤١) - الاختيار (٢/ ٥٤) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٣١) - الفتاوى الهندية (٤/ ٥٠٥) - مناهج التحصيل (٧/ ٢٣٨) - مواهب الجليل (٥/ ٤٢٩) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٢٦) - البهجة (٢/ ٤٦٦) - الحاوي الكبير (٧/ ٤٢٨) - جواهر العقود (١/ ٢١٢) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٥) - المغني (٥/ ٣٩١) - الفروع (٧/ ١٧٥) - المبدع (٤/ ٤٤٧) - كشاف القناع (٤/ ٣٤).

أولاً : **القواعد الفقهية** الدالة على أن من يأخذ العوض، فإنه يجب عليه تحمل ما ينشأ من أخطاء تابعيه، وأن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً[١]، ومنها القواعد التالية :

القاعدة الأولى : الغُرْم بالغُنْم[٢]. والمعنى : أن من ملك الغُنْم كان عليه الغُرْم[٣]، وأن ما يحصل للإنسان من مرغوب فإنه يلزمه ضمان ما ينتج عنه من مال أو نفس[٤].

والمنشأة الصحية، وهي أجير مشترك إذا كانت تستفيد فيما لو أحسن الطبيب وأجاد فكذلك يجب عليها أن تضمن ما قد يقع منه من خطأ، قياماً بواجب العدل والإنصاف، وبما أن المنشأة الصحية قد ملكت الأجرة التي دفعها المريض فوجب عليها تحمل الغرم الناشيء من أخطاء تابعيها[٥].

القاعدة الثانية : النِقْمة بقدر النعمة[٦]، والمعنى : المقابلة بين النفع والضمان، وأن أحدهما يكون بقدر الآخر فيما يمكن فيه محافظة التقدير[٧].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (٢/ ١٠٣٨) - ضمانات جنايات الأطباء ص٢٥٤ -٢٥٥.

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص٤٣٧ - قواعد الفقه، البركتي ص٩٤ - الأشباه والنظائر، السبكي (٢/ ٤١) - المنثور، الزركشي (٢/ ١١٩) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص١٣٦.

(٣) ينظر: مغني ذوي الأفهام، ابن عبدالهادي ص٥٢٠.

(٤) ينظر: شرح القواعد الفقهية، الزرقا ٤٣٧.

(٥) ينظر: ضمانات جنايات أطباء المستشفيات الخاصة، المزروع ص٢٥٥.

(٦) ينظر: شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص٤٤١ - قواعد الفقه، البركتي ص١٣٣.

(٧) ينظر: شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص٤٤١.

فالمنشأة الصحية لما كانت تستفيد من خبرات وقدرات الطبيب بأقصى ما يمكنها فيجب عليها ضمان ما قد يقع فيه من خطأ ؛ لأن النقمة بقدر النعمة[١].

القاعدة الثالثة : "كل من أخذ الكراء على شيء كان له ضامناً حتى يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه"[٢]. والمنشأة الصحية هي التي تأخذ الكراء والأجرة من المريض فيجب عليها الضمان[٣].

ثانياً : أن عمل الأجير الخاص يضاف إلى الأجير المشترك، وينتقل إليه، فيجب الضمان عليه[٤].

ثالثاً : أن العقد الطبي أبرم بين المنشأة الطبية وطالب الخدمة، ولا يوجد علاقة تعاقدية بين الطبيب الذي يعمل في المنشأة الصحية وبين طالب الخدمة العلاجية[٥][٦]، ويؤيد ذلك أن المنشأة الطبية هي من يتحمل المسؤولية، وتتجه إليها العقوبة إذا حصل من الطبيب ما يوجب ذلك.

---

(١) ينظر: ضمانات جنايات أطباء المستشفيات الخاصة، المزروع ص٢٥٥.

(٢) الأم (٦/ ١٨٨).

(٣) ينظر: ضمانات جنايات أطباء المستشفيات الخاصة، المزروع ص٢٥٥.

(٤) ينظر: الاختيار (٢/ ٥٤) - البناية (١٠/ ٣١٤).

(٥) ينظر: ضمانات جنايات الأطباء، المزروع ص٢٥٦.

(٦) وقريب من هذا الجنايات الواقعة من أطباء المستشفيات الحكومية، والعامة، فإن الطبيب تكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية، وليست عقدية ؛ لأنه لا يوجد عقد بينه وبين المريض فتكون مسؤوليته تقصيرية، يعبر عنها بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه. ينظر: المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، بن دشاش ص١٥ - ٣٠.

المبحث الخامس

موجبات ضمان الطبيب في العقد الطبي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : موجبات ضمان الطبيب من الناحية الأخلاقية الأدبية

المطلب الثاني : موجبات ضمان الطبيب من الناحية المهنية

المطلب الأول
موجبات ضمان الطبيب
من الناحية الأخلاقية الأدبية

مما ينبغي على الطبيب أن يلتزم بالأخلاق وأن يتحلى بالآداب التي سبق بيانها من : الصدق، والأمانة، والوفاء بالمواعيد، وحفظ العورات، وأن يتجنب أضدادها من : الكذب، والغش، والإخلال بالمواعيد، وهتك العورات، ونحوها.

فالطبيب يحرم عليه أن يخبر بخلاف الحقيقة والواقع، أو أن يخل بمواعيده مع المرضى، أو أن يخالف النصح الواجب عليه، ومتى حصل منه شيء من ذلك فهو آثم بفعله، ويعتبر مسؤولاً عما يصدر عنه من أقوال وأفعال، وما يترتب على تصرفاته من أضرار؛ نظراً لكونه متعاطياً لسبب الضرر الموجب لوقوعه[(١)].

فضمان الطبيب هنا لا يتوجه إلى ذات الكذب والغش والإخلال بالمواعيد، إنما هو ضمان لما يترتب عليها وينتج عنها من أضرار.

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣١٩ - المسؤولية الطبية، رسمية شمسو ص٢٧ - ٣١.

المطلب الثاني

موجبات الضمان والمسؤولية الطبية من الناحية المهنية

وهذا المطلب فيه سبعة فروع :

الفرع الأول : العمد.

الفرع الثاني : الخطأ الطبي.

الفرع الثالث : مخالفة الأصول العلمية للمهنة الطبية.

الفرع الرابع : الجهل بالطب.

الفرع الخامس : تخلف الإذن الطبي.

الفرع السادس : التغرير.

الفرع السابع : إفشاء السر الطبي.

الفرع الأول

العمد[1]

ويقصد بجناية الطبيب العمدية: قيام الطبيب بأمر محظور يفضي إلى هلاك المريض أو إتلاف أحد أطرافه ومنافعه بقصد إيذاء المريض[2].

ويتميز العمد عن الخطأ أن فيه قصد العدوان[3].

وهذا الموجب يعتبر من أشد الموجبات ضرراً، وأعظمها أثراً، وهو مناقض لما يجب أن يتصف به الطبيب من معالجة " المرضى برأفة، ورحمة، وشفقة، ونصيحة....، ويكون بجميع المرضى رحيماً، وعليهم شفيقاً، ولهم ناصحاً....، ويجتهد فيما ينفعهم، وألّا يصف شيئاً من السموم والأدوية القاتلة، ولا يذكرها البتة،.... ولا يتكلم إلا بما فيه جلب منفعة، أو دفع مضرة "[4].

وجناية الطبيب العمدية خلاف الأصل، فقلَّ أن يُسْمع عن طبيب أنه تعمد إزهاق نفس أو إتلاف طرف، وقد تشدد الفقهاء في قبول تهمة العمد على الطبيب[5]؛ حيث إن الأصل من الطبيب عدم العداء[6].

---

(١) العمد في اللغة: القصد، وهو ضد الخطأ في القتل وسائر الجنايات، ولا يخرج تعريفه اصطلاحاً عن المعنى اللغوي،. ينظر: مقاييس اللغة (٤/ ١١١) - المحكم (٢/ ٣٥) - لسان العرب (٣/ ٣٠٢) - التوقيف ص٥٢٦.

(٢) ينظر: التداوي والمسؤولية، المبارك ص١٤٨.

(٣) ينظر: ضمان التلف في عمل الطبيب ص٢٢١.

(٤) التشويق الطبي ص٨٧.

(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٤٨.

(٦) ينظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٣٥٥).

ومع ذلك فإن الأطباء قد تحدث منهم جناية عمدية على المريض، يدفعهم إليها بعض المغريات السيئة، فيجب محاسبتهم عليها، وأن يتم التعامل مع جناية الطبيب العمدية كأي جناية عمدية أخرى[(١)].

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء على جناية الطبيب العمدية ما يلي :

المثال الأول : إذا سقى الطبيب المريض دواءً يقتل كثيراً أو غالباً[(٢)]، ويسمى الدواء المُذَفَّف[(٣)].

المثال الثاني : من فصد نائماً وتركه حتى مات بسيلانه[(٤)]، ومثله الطبيب الذي يجري عملية جراحية للمريض ويتركه والدم يسيل من جرحه[(٥)].

المثال الثالث : إذا أقدم الطبيب على إجراء عملية جراحية فيها خطورة على المريض لإزالة ورم أو قطع عضو متآكل دون الحصول على إذن من المريض[(٦)].

والذي يجمع بين هذه الأمثلة الثلاثة وبين غيرها مما شاكلها : هو قصد الإضرار بالمريض، غير أن إثبات العمد من الطبيب قد يعسر ؛ " لأن الطبيب حين يُقدِم على جرح المريض فإنما يُقدِم بعد إذنه ورضاه، ووجود الإذن يسقط المسؤولية عمدية كانت أو غير عمدية "[(٧)]، كما

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ٣٠٧ - ٣٠٨.

(٢) ينظر: الوسيط في المذهب (٦/ ٢٥٨) - الغرر البهية (٥/ ٤٧) - نهاية المحتاج (٧/ ٢٦٧).

(٣) الدواء المُذَفَّف: أي السم القاتل. ينظر: المحكم (١٠/ ٥٢) - لسان العرب (٩/ ١١٠).

(٤) ينظر: لسان الحكام ص٢٩٢ – مجمع الأنهر (٣/ ٥٤٦) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩).

(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص١٤٩.

(٦) ينظر: روضة الطالبين (١/ ١٧٩) - أسنى المطالب (٤/ ١٦٣) - تحفة المحتاج (٩/ ١٩٤) - مغني المحتاج (٥/ ٥٣٦)

(٧) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٥٢.

أشار إلى ذلك صاحب المعالم بقوله: " فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود؛ لأنه لا يَسْتَبِدُّ بذلك دون إذن المريض "(١)، والأصل إن الإنسان إنما يأذن في فعل نافع لا ضار.

وجاء في التوضيح: "وما ذكرناه من الاقتصاص من الطبيب المتعمد نصَّ عليه الشيوخ، إلّا أنه لا يمكن في غالب الحال؛ لأن زيادته إنما تكون بعدما أذن فيه، فإذا طلب القصاص من الطبيب لم يوصل إليه منه إلّا بعد تقدم جرح، وقد لا يكون جرح أحداً خطأً، فضلاً عن العمد فيتعذر القصاص"(٢).

وأما الأدلة التي توجب ضمان الطبيب المتعمد فأهمها ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾ [المَائدة: ٤٥].

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَىۖ﴾ [البَقَرَة: ١٧٨].

الدليل الثالث: عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة)(٣).

---

(١) معالم السنن (٤/ ٣٩).

(٢) التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، خليل بن إسحاق (٦/ ٢٠٦).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب قول الله (النفس بالنفس) برقم (٦٨٧٨)، ومسلم في كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم برقم (١٦٧٦). ينظر: صحيح البخاري (٩/ ٥) - صحيح مسلم (٣/ ١٣٠٢)

وجه الدلالة مما سبق: أن هذه الأدلة تدل بعمومها على وجوب القصاص في النفس وما دونها عند الاعتداء عليها، ويدخل في عموم ذلك اعتداء الطبيب[١].

الدليل الرابع : عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[٢].

وجه الدلالة : الحديث " دليل على تضمين المتطبب ما أتلفه من نفس فما دونها سواءً أصاب بالسراية أو المباشرة وسواءً كان عمداً أو خطأً "[٣].

الدليل الخامس : الإجماع على أن الطبيب إذا تعدى فأتلف المريض ضمن[٤]

قال الخطابي : " لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً "[٥].

والطبيب إذا جنى جناية عمدية كان متعدياً بفعله ذلك، فيكون داخلاً في مسمى التعدي.

ومما يمكن إلحاقه بجناية الطبيب العمدية : امتناعه عن علاج المريض قاصداً إهلاكه، كأن يكون المريض في مكان ناء، ولم يكن

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٤٩.
(٢) الحديث سبق تخريجه ص٧٠.
(٣) سبل السلام (٣/ ٥٠٨).
(٤) ينظر: مرقاة المفاتيح (٦/ ٢٢٩٣) - الاستذكار (٨/ ٦٢) - بداية المجتهد (٤/ ١٦٨٨) - معالم السنن (٤/ ٣٩) - الكاشف، الطيبي (٨/ ٢٤٨٣) - فيض القدير (٦/ ١٠٦) - التنوير (١٠/ ١٨٠) - عون المعبود (١٢/ ٢١٥)
(٥) معالم السنن (٤/ ٣٩).

هناك سوى طبيب واحد لعلاجه، أو يكون المريض في حالة خطرة تستدعي التدخل السريع من قبل الطبيب الحاضر فيتركه ولا يتدخل لإنقاذه، وكترك الطبيب تكرار النظر في صحة المريض مع حاجته الماسة لذلك[١].

فالطبيب إذا ارتبط مع المريض بعقد طبي حرم عليه الامتناع، ووجب عليه علاج المريض متى كان قادراً على ذلك، ولم يلحقه ضرر؛ لعموم الأدلة الدالة على وجوب الحفاظ على الأنفس وصيانتها، والسعي في إحيائها، والإحسان إلى الناس، وقضاء حوائجهم، وتنفيس كرباتهم، وأن " من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة وجب عليه أن يخلصه"[٢]، بل "واجب على كل من خاف على مسلم الموت أن يحييه بما قدر عليه"[٣]، وكل امتناع أو ترك يؤديان إلى ضرر بالنفس أو المجتمع فهو جريمة توجب العقوبة[٤].

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٣٤.

(٢) الطرق الحكمية ص٣٧٨.

(٣) التاج والإكليل (٧/ ٦٢٢).

(٤) ينظر: الجرائم السلبية، عبدالمجيد صلاحين ص١٥١.

الفرع الثاني
الخطأ[١] الطبي

وقد عرف الخطأ الطبي بعدد من التعاريف منها ما يلي :

التعريف الأول : "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً"[٢] وهذا التعريف اختاره عدد كثير من الباحثين[٣].

التعريف الثاني : "تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"[٤]، وبنحو هذا التعريف عرفه عدد من الباحثين في المسؤولية الطبية[٥].

التعريف الثالث : " ما يضر المريض مما يقع من الطبيب ومساعديه من غير قصد"[٦].

---

(١) الخطأ لغة: ضد الصواب، وأخطأ الطريق: عدل عنه. واصطلاحاً: كل ما وقع من فاعله من غير قصد ولا إرادة. ينظر: المحكم (٥/ ٢٣٠) - لسان العرب (١/ ٦٥)- الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ١١٠٦) - التعريفات ص١٣٤.

(٢) المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قايد ص٢٢٨.

(٣) ينظر: مسؤولية الطبيب، الغامدي ص٢٠٤ - المسؤولية الطبية، بيومي ص١٥٦ - المسؤولية الجنائية للطبيب، القبلاوي ص٧٧ - أحكام عقد العلاج، حليبة ص٥٤٤ - أخطاء الأطباء، الشلش ص٣٣٠ - كيفية حدوث الخطأ الطبي، هبة حافظ ص ٣٠ - الخطأ الطبي في الميزان، هالة جستنيه (٥/ ٤٤٨٧).

(٤) الخطأ الطبي، وفاء حليمي ص٣٨.

(٥) ينظر: المسؤولية الجنائية للطبيب، القبلاوي ص٧٧ - الخطأ الطبي، محمد سويلم (٥/ ٤٥٥٠).

(٦) التجارب الطبية، العثمان ص٤٧٧.

واختاره بعض الباحثين[(١)].

وهذا التعريف الثالث أقرب التعريفات، حيث اهتم بمراعاة قصد الفاعل الذي هو المعيار الحقيقي للتفريق بين العمد والخطأ، فإن " انتفاء قصد الشيء من فاعله موجب لوصفه بكونه مخطئاً، وهكذا الحال هنا : حيث يوصف الأطباء ومساعدوهم بكونهم مخطئين في حال وقوع ما يوجب الضرر من دون قصد"[(٢)].

أقسام الخطأ الطبي : ينقسم الخطأ الطبي إلى أقسام متعددة أبرزها ما يلي :

التقسيم الأول : تقسيمه باعتبار جسامة الخطأ وعدمها، وينقسم بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول : الخطأ الجسيم الفاحش، ويقصد به : الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية ويقع عن إهمال كان يمكن الاحتياط منه، ولا يمكن أن يقع فيه طبيب أو جراح مماثل، ويترتب عليه حدوث ضرر غالب أو متحقق.

النوع الثاني : الخطأ اليسير، ويقصد به : الخطأ الذي قد يقع فيه طبيب مماثل، ولا يقع عن إهمال غالباً، وتَرَتُّب الضرر عنه قليل، أو نادر[(٣)].

---

(١) ينظر: مسؤولية الطبيب، عبدالله الخميس ص١٥٤ - الخطأ الطبي، ميادة الحسن، (٥/ ٤٤٢٨) - خطأ الطبيب، خالد محمد (٥/ ٤٦٠٧) - التكييف الفقهي للخطأ الطبي، ضمرة والعبري (٥/ ٤٦٥٣).

(٢) أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٢٧.

(٣) ينظر: الجريمة والعقوبة، أبو زهرة ص٣٥٣ - المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ص١٠٠ - الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٥٤ - الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء، المعايطة ص٤٠ - الخطأ الطبي، التونجي ص١٢٩.

التقسيم الثاني : باعتبار نوع الخطأ الطبي، وينقسم بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول : الخطأ العادي (المادي)، ويقصد به : الإخلال باتخاذ العناية التي يتوجب على كافة الناس التقيد بها، ويمكن صدوره من أي فرد طبيباً كان أم غير طبيب، كعدم مراعاة قواعد النظافة والتعقيم.

النوع الثاني : الخطأ المهني (الفني) ويقصد به : الخروج عن القواعد والأصول الطبية أثناء ممارسة العمل الطبي، ومن أمثلته : الخطأ في التشخيص، ووصف دواء غير مناسب(١).

أسباب نشوء الخطأ الطبي :

هناك عدد من الأسباب تؤدي إلى نشوء الخطأ الطبي من أبرزها ما يلي :

أولاً : **أسباب علمية** : كالإخلال بالقواعد والأصول العلمية التي تشترطها مهنة الطب، أو عدم متابعة الاكتشافات العلمية الحديثة في المجال الطبي.

ثانياً : **أسباب مهنية**، ومنها : إهمال الطبيب، وتفريطه، ونسيانه، وضعف دقته وتركيزه، وتحرزه، وقلة خبرته ومهارته، ومن الأمثلة على ذلك : أن تَزِلَّ يد الطبيب أو الجراح أو تقصِّر عن الحد المقدر، ومنها : كتابة وصفة غير مقروءة، أو غير واضحة، وعدم الالتزام بطرق التعقيم والتطهير.

---

(١) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، قايد ص٢١٨ - الخطأ الطبي، وفاء حليمي ص٤١ - مسؤولية الطبيب المهنية، الغامدي ص١٢٢- ١٢٣ -المسؤولية الجنائية للطبيب، القبلاوي ص٧٧ - ٧٩ - الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٧٣) - الخطأ الطبي، ميادة الحسن (٥/ ٤٤٣٩- ٤٤٤٠) - أخطاء الأطباء، الشلش ص٣٣٠.

ثالثاً : أسباب أخرى متنوعة : كسوء استخدام التقنية، وفشل الأجهزة الطبية، أو نقص الإمكانات، أو عدم اتباع الأنظمة واللوائح، وضعف التواصل ونقل المعلومات[١].

هل الخطأ الطبي موجب للضمان والمسؤولية أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال :

القول الأول : أن الخطأ الطبي الصادر من طبيب حاذق لا يعتبر موجباً للضمان والمسؤولية مطلقاً، يسيراً كان أم فاحشاً، وهذه رواية عن الإمام مالك[٢]، وقول لبعض الشافعية[٣]، وبعض الفقهاء المعاصرين[٤].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّالِمِينَ﴾ [البَقَرَة: ١٩٣].

وجه الدلالة: أن المعاقبة تكون على المعتدي[٥]، والطبيب الحاذق لا يضمن وإن أخطأ؛ لعدم تعديه[٦]

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص٣٢٨ - التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٥٤ - ١٥٥- النظام السعودي لمزاولة مهنة الطب ص٩٧ - التمريض وأحكامه، أمل اللحيان ص٣١٨ -٣٢٢ - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ص١٥٥ - الأخطاء الطبية الدوائية، فاطمة المأمون ص ٤٧ - الخطأ الطبي، ميادة (٥/ ٤٤٤٦) - الخطأ الطبي، سويلم (٥/ ٤٥٥٣) - إثبات خطأ الممارس الصحي، أحمد الغامدي ص٢٦١.

(٢) ينظر: التلقين (٢/ ١٩٦) - المعونة (٢/ ٣٠٣) - عقد الجواهر (٣/ ٣٥٢) - الذخيرة (١٢/ ٢٥٧).

(٣) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٤/ ٢٢٠).

(٤) ينظر: تضمين الطبيب، خالد المشيقح ص ٣٠ - مسؤولية الطبيب الجنائية، التايه ص ١٢٩ - المسؤولية المدنية للأطباء، المعايطة ص ٣٢ - الخطأ الطبي، محمد القاسم ص ٢٥٩ - الخطأ الطبي، التونجي ص ١٣٠.

(٥) ينظر: تفسير القرآن العظيم، ابن كثير (١/ ٥٢٦).

(٦) ينظر: تضمين الطبيب، المشيقح ص٢٦ - الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٧٦).

ويمكن أن يناقش : بأن مسؤولية الطبيب ليست منحصرة في تعديه، فالتعدي أحد موجبات المسؤولية.

الدليل الثاني: ما جاء في الحديث أن رسول الله ﷺ قال : (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)(١)

وجه الدلالة : أن قوله: (ولم يعلم منه طب فهو ضامن) " يدل بمفهومه على أنه إذا كان طبيباً وأخطأ في تطبيبه فلا ضمان عليه"(٢)، فمن علم منه طب فلا ضمان عليه، سواءً أخطأ أم لم يخطيء(٣).

ونوقش من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث " دليل على تضمين المتطبب ما أتلفه من نفس فما دونها سواءً أصاب بالسراية أو المباشرة وسواءً كان عمداً أو خطأً "(٤)، بل قال بعض الفقهاء أن المراد من قوله " ولا يعلم منه طب " : أي : أخطأ في طبه وأتلف شيئاً من المريض(٥).

الوجه الثاني : أن الفهم الصحيح للحديث هو أن الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده، فتولد من فعله المأذون فيه تلف عضو، أو نفس، أو ذهاب صفة لا يضمن(٦).

الدليل الثالث : ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه أخبر أن رجلاً أصابه جرح في رأسه على عهد رسول الله ﷺ ، ثم أصابه احتلام، فَأُمر

(١) الحديث سبق تخريجه ص٤٥.
(٢) سبق تخريجه ص٧٠.
(٣) ينظر: تضمين الطبيب ص٢٦.
(٤) سبل السلام (٣/ ٥٠٨).
(٥) ينظر: مرقاة المفاتيح (٦/ ٢٢٩٣) - عون المعبود (١٢/ ٢١٥).
(٦) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٢٨ - ١٢٩).

بالاغتسال، فاغتسل فَكُزَّ[١]، فمات، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: (قتلوه قتلهم الله، أولم يكن شفاء العِيِّ السؤال)[٢].

وجه الدلالة: أنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه أوجب عليهم الضمان[٣]، مما يدل على أن الخطأ الطبي غير موجب للضمان.

ويمكن أن يناقش: بأن هؤلاء لم يحصل منهم خطأ في فعلهم، بخلاف الطبيب المخطيء.

الدليل الرابع أن الطبيب مؤتمن على بدن الإنسان، والأصل عدم تضمين الأمين إلا بالتعدي أو التفريط دون الخطأ كسائر الأمناء[٤].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن قياس الطبيب على الأمناء لا يصح؛ لعدم الخطأ في فعلهم[٥]، والتفريط هو إحدى صور الخطأ، حيث إن من صور الخطأ عدم الانتباه والاحتياط والتحرز، وكلها تؤدي إلى التفريط[٦].

---

(١) الكزاز: داء يتولد من شدة البرد، والكز: اليبس والانقباض. ينظر: مقاييس اللغة (٥/ ١٠٤) - المحكم (٦/ ٦٤٤) - النهاية (٤ / ٣٠٦).

(٢) الحديث أخرجه أحمد برقم (٣٠٥٦)، وأبو داود في سننه كتاب الطهارة، باب المجدور يتيمم برقم (٣٣٦)، وابن ماجة في سننه واللفظ له في كتاب الطهارة، باب في المجروح تصيبه الجنابة فيخاف على نفسه إن اغتسل برقم (٥٧٢)،، والطبراني في الكبير برقم (١١٤٧٢)، والدارقطني برقم (٧٣٠)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١١٧)، وقال عنه البيهقي إنه موصول، وصححه ابن حبان والحاكم ووافقه الذهبي، وصححه الألباني. ينظر: المسند (٥/ ١٧٣) - سنن أبي داود (١/ ٢٥٢) - سنن ابن ماجة (١/ ٣٦٢) - صحيح ابن حبان (٤/ ١٤١) - المعجم الكبير (١١/ ١٩٤) - سنن الدارقطني(١ /٣٥١)- السنن الكبرى، البيهقي (١ /٢٢٨) - المستدرك (١ /٢٨٥) - صحيح أبي داود، الألباني (٢ /١٦٣).

(٣) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٤/ ٢٢٠).

(٤) ينظر: تضمين الطبيب، المشيقح ص٢٦. (٥) ينظر: الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٧٦).

(٦) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٥٤ - ١٥٥- النظام السعودي لمزاولة مهنة الطب ص٩٧ - التمريض وأحكامه، أمل اللحيان ص٣١٨ -٣٢٢ - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ص١٥٥.

الدليل الخامس : أن الطبيب مأذون له في المداواة، وما تولد عن فعل مباح مأذون له فيه فلا يضمنه قياساً على الإمام إذا حَدَّ إنساناً فمات(١)، فالمريض هو من اختار الطبيب لعلاجه وهو بكامل حريته واختياره، فإذا أخطأ الطبيب فعلى المريض تحمل ما ترتب على خطئه كونه المتسبب في ذلك باختياره(٢).

ونوقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : أن المريض عندما اختار الطبيب قد ارتبط معه بعقد إجارة على علاجه، وأي إخلال من الطبيب، أو تقصير في القيام بما تعاقدا عليه يجعله محلاً للمسؤولية والضمان(٣).

الوجه الثاني : أن الإذن الطبي للطبيب في المداواة ليس على إطلاقه بل هو مقيد بكون الممارس للعمل الطبي مشهوداً له بالمعرفة والحذق، وقام بعمله حسبما تقرره الأصول الطبية، ولم يخطيء خطأً فاحشاً، فأما إذا لم يتبع ما تقرر سابقاً فإنه يضمن(٤).

الدليل السادس : أن الطبيب بحصوله على الشهادة الطبية التي ترخص له الدولة على أساسها ممارسة مهنة الطب تجعله جديراً للقيام بعمله، وترفع عنه المسؤولية(٥).

ونوقش : بأن الشهادة الطبية ليست مانعة للمسؤولية عن الطبيب، بل هي مجرد إذن من وزارة الصحة بجواز معالجة الناس وفق أصول المهنة،

---

(١) ينظر: المعونة (٢/ ٣٠٣) - التلقين (٢/ ١٩٦) - عقد الجواهر (٣/ ٣٥٢).

(٢) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٦٤.

(٣) ينظر: المصدر السابق ص١٦٥.

(٤) ينظر: المسؤولية الطبية، البار ص٦٨.

(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص ١٦٤ - مسؤولية الطبيب الجنائية، التايه ص ١٢٩.

ومتى أخل الطبيب بشيء من هذه القواعد، أو أخطأ في فعله أو تقديره كان مسؤولاً عن ذلك[١].

الدليل السابع: أن في إعفاء الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم تقديراً للعمل النبيل الذي يقومون به، وهو التصدي لمعالجة الناس وتخفيف آلامهم[٢].

الدليل الثامن: أن مهنة الطب في تطور مستمر، ولا يمكن أن ترتقي وتتقدم إلا إذا رفعنا سيف المسؤولية الجزائية عن عاتق الطبيب، أما إذا جعلناهم تحت طائلة المساءلة دائماً فإننا نقيد حرياتهم، مما يترتب عليه عدم تطور الأطباء وتقدمهم، وجمود المهنة الطبية[٣].

ونوقش هذين الدليلين من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن نبل العمل شيء، والمسؤولية عن الخطأ فيه شيء آخر، ولا تلازم بينهما، فلا ينفي نبل العمل المسؤولية عند وجود الخطأ.

الوجه الثاني: أن كون الطب في تقدم وتطور مستمرين لا يتنافى مع وجود القواعد والأصول الثابتة المستقرة التي يجب الرجوع إليها، والالتزام بها[٤].

الوجه الثالث: أن مما يشجع الأطباء على البحث والتقدم فتح باب الاجتهاد لهم وعدم مساءلتهم في المسائل الطبية الاجتهادية التي ليس فيها حكم قاطع، أما عدم مساءلتهم عن ما جنت أيديهم من أخطاء ناتجة

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك ص١٦٤ - ١٦٥.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص١٦٤.

(٣) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك، ص ١٦٤ - ١٦٥- قضايا طبية معاصرة، السرطاوي، ص ٦٥.

(٤) ينظر: المسؤولية المدنية للأطباء، المعايطة ص٣٣.

عن إهمال وتفريط فهذا يجعلهم أكثر جرأة على أرواح الناس وأبدانهم، وهذا لا تقره الشريعة[1].

القول الثاني : أن الخطأ الطبي الذي يضمنه الطبيب الحاذق إنما هو الخطأ الفاحش دون الخطأ اليسير، وقال بهذا عدد كبير من الفقهاء والباحثين المعاصرين[2].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول : أن مهنة الطب في تطور مستمر، ولا يمكن أن ترتقي إلا إذا رفعنا سيف المسؤولية الجزائية عن عاتق الأطباء في الأخطاء اليسيرة، أما إذا جعلناهم تحت طائلة المساءلة دائماً فإننا نقيد حرياتهم، مما يترتب عليه عدم تطور الأطباء وتقدمهم، وجمود المهنة الطبية[3].

ونوقش هذا الدليل من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن كون الطب في تقدم وتطور مستمرين لا يتنافى مع وجود القواعد والأصول الثابتة المستقرة التي يجب الرجوع إليها، والالتزام بها .

الوجه الثاني : أن مما يشجع الأطباء على البحث والتقدم والتطور

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٦٥.

(٢) ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي ص ٣٠٦ - الجريمة والعقوبة في الفقه ص ٣٥٣ - المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ص ١٠٠- مسؤولية الطبيب، الغامدي ص١٢٩ - الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء، المعايطة ص ٤٠ - المسؤولية الطبية، حومد ص ١٥٥ - الخطأ الطبي، التونجي ص١٢٩ - المسؤولية الطبية، القاسم ص٨٩.

(٣) ينظر: الجريمة والعقوبة ص٣٤٩ - التداوي والمسؤولية الطبية ص ١٦٤ - المسؤولية المدنية للأطباء ص ٣٢

فتح باب الاجتهاد لهم وعدم مساءلتهم في المسائل الطبية الاجتهادية التي ليس فيها حكم قاطع، أما عدم مساءلتهم عن ما جنت أيديهم من أخطاء ناتجة عن إهمال وتفريط فهذا يجعلهم أكثر جرأة على أرواح الناس وأبدانهم، وهو ما لا تقره الشريعة

الوجه الثالث : أنه إذا كان الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الفاحش خشية تقاعسه عن هذه المهنة فإن ذلك قد يؤدي به إلى ارتكاب أخطاء أخرى يسيرة لا تقرها أصول المهنة الطبية[(١)].

الدليل الثاني : أن مجرد الجهل بالعلم الطبي وتطبيقاته لا يكون سبباً للمعاقبة، فلا بد من اشتراط شيء أكثر من الجهل وهو الخطأ الفاحش[(٢)].

ويمكن أن يناقش : بأن الجهل يفارق الخطأ من حيث إن الخطأ قد يصدر من طبيب حاذق لكن جنت يده أو تجاوز الموضع المعتاد بخلاف الجهل، فهو موجب للضمان مطلقاً .

الدليل الثالث : أن الأخطاء اليسيرة قد يتعسر تحاشيها ؛ لكونها من جملة العوارض العلاجية المحتملة في الإجراءات الطبية، ولكون جملة منها موضع نقاش بين المتخصصين، فما يراه بعض الأطباء خطأ يسيراً قد لا يراه غيره خطأ، مما يجعل البت فيها عسراً وصعباً[(٣)].

ويمكن أن يناقش من الوجهين التاليين :

الوجه الأول : أن الخطأ عند الفقهاء هو تجاوز الحد، وتعدي

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٦٥ - المسؤولية المدنية للأطباء، المعايطة ص٣٣.

(٢) ينظر: المسؤولية الجزائية، حومد ص١٥٥.

(٣) ينظر: التكييف الفقهي للخطأ الطبي، ضمرة والعبري (٥/ ٤٦٨٨).

الموضع المعتاد، "وأن كل ما أخطأ به الطبيب أو تعدى إذا لم يتعمد ففيه العقل "[1].

الوجه الثاني : أنه إذا كانت الأخطاء الطبية محل تردد بين المتخصصين من حيث كون الخطأ اليسير يعد خطأ أم لا ، فكذلك تقييم الخطأ اليسير قد يراه بعضهم يسيراً، وقد يراه بعضهم فاحشاً.

القول الثالث : أن الخطأ الطبي الصادر من طبيب حاذق يعتبر موجباً للضمان والمسؤولية، سواءً كان هذا الخطأ يسيراً أم فاحشاً، وقد حكي الإجماع عليه[2]،وبهذا القول أخذ فقهاء الحنفية[3][4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، وجملة الفقهاء والباحثين المعاصرين[7].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول: قال تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا

---

(١) الموطأ (٥/ ١٢٥٠).

(٢) ينظر: الإجماع، ابن المنذر ص ١٧١ - الاستذكار (٨/ ٦٢).

(٣) ينظر: المبسوط (١٦/١٨) - الاختيار (٢/ ٥٤) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣٧)- حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٨).

(٤) ينظر: الموطأ (٥/ ١٢٥٠) - الاستذكار (٨ / ٦٢) - عقد الجواهر (٣ / ٣٥٢) - التاج والإكليل (٧/ ٥٥٧)

(٥) ينظر: الأم (٦/ ٦٥) - الفتاوى الفقهية الكبرى (٤ / ٢٢٠) - مغني المحتاج (٥/ ٥٣٨) - نهاية المحتاج (٨/ ٣٥)

(٦) ينظر: المغني(٥ / ٣٩٨)- شرح الزركشي (٤/ ٢٤٩)- الإنصاف (٦/ ٧٤) - كشاف القناع (٤/ ٣٥).

(٧) ينظر: فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم(٨/ ١٠٤) - فقه السنة (٢/ ٥٨١) - فتاوى اللجنة الدائمة (٢٤/ ٤٠٠) - الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/ ١٤٠) (١٩/ ١٥٩) - أحكام الجراحة الطبية ص٣٦٠ - التداوي والمسؤولية الطبية ص ١٦٥ - الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٧٦) - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ١٦٣.

خَطَـًٔاۚ وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـًٔا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْۚ﴾ [النِّسَاء: ٩٢].

وجه الدلالة : أن الآية تدل على وجوب ضمان النفس المتلفة خطأ، وهي عامة لكل من قتل خطأ[١] و"الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يرده وأراد غيره، وفعل الخاتن والطبيب في هذا المعنى"[٢].

الدليل الثاني : عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[٣].

وجه الدلالة : الحديث " دليل على تضمين المتطبب ما أتلفه من نفس فما دونها سواءً أصاب بالسراية أو المباشرة وسواءً كان عمداً أو خطأً "[٤].

الدليل الثالث : أن إجماع العلماء قد انعقد على وجوب تضمين الطبيب المخطيء الذي يؤدي خطؤه إلى تلف[٥]، والإجماع منعقد كذلك على أن العمد والخطأ في ضمان حقوق الآدميين سواء[٦].

قال ابن المنذر رحمه الله : " أجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر والحشفة، أو بعضها، فعليه ما أخطأ به "[٧].

وقال ابن قدامة رحمه الله: " فأما إذا كان حاذقاً وجنت يده... ضمن....

---

(١) ينظر: الإكليل ص٩٧.
(٢) الاستذكار (٨/ ٦٢).
(٣) الحديث سبق تخريجه ص٧٠.
(٤) سبل السلام (٣/ ٥٠٨).
(٥) ينظر: الإجماع، ابن المنذر ص١٧١ - الاستذكار (٨/ ٦٢) - بداية المجتهد (٤/ ١٦٨٨) - المغني (٥/ ٣٩٨) - الشرح الكبير (٦/ ١٢٤) - حاشية الروض المربع (٥/ ٣٣٩).
(٦) ينظر: الاستذكار (٤/ ٣٨٠) - الفروق (٢ / ٣٤٠ -٣٤٢) - المنثور في القواعد (٢ / ٣٦٦) - الروض الندي ص ٢٧١.
(٧) الإجماع ص١٧١.

ولا نعلم فيه خلافاً "[(١)].

ونوقش : بأن حكاية الإجماع غير مُسَلَّم بها ؛ لوجود المخالف[(٢)].

وأجيب : بأن الإمام مالك رَحِمَهُ اللَّهُ الذي ورد عنه القول بأنه لا ضمان على الطبيب إذا أخطأ قد حكى بنفسه الإجماع على تضمين الطبيب المخطيء فقال : " الأمر المجتمع عليه عندنا أن الطبيب إذا ختن فقطع الحشفة أن عليه العقل، وأن ذلك من الخطأ الذي تحمله العاقلة، وأن كل ما أخطأ به الطبيب أو تعدى إذا لم يتعمد ذلك ففيه العقل "[(٣)]، والإجماعات المنقولة متأخرة عن هذه الرواية، وممن نقلها ابن عبدالبر وغيره من علماء المالكية[(٤)].

الدليل الرابع : أن الإجماع منعقد على أن القتل الخطأ أن يريد رمي الشيء فيصيب غيره[(٥)]، فكل ما لم يقصده الفاعل ولم يرده وأراد غيره فهو من باب الخطأ، وفعل الخاتن والطبيب في هذا المعنى[(٦)].

الدليل الخامس أن الطبيب قد جمع بين فعل مأذون له فيه وهو التطبيب، وفعل غير مأذون له فيه وهو الهلاك، فيضمن ما تجاوز فيه بتفويته مالم يؤذن له في تفويته من غير ضرورة[(٧)].

ونوقش : بأن ما لم يؤذن له فيه تابع لما أذن له فيه فلا ضمان[(٨)].

الدليل الخامس : أن جناية الطبيب إتلاف لا يختلف ضمانها بالعمد

(١) المغني (٥/ ٣٩٨).

(٢) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٤٨١.

(٣) الموطأ (٥/ ١٢٥٠).

(٤) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٤٨٢.

(٥) ينظر: الإجماع، ابن المنذر ص١٦٤.

(٦) ينظر: الاستذكار (٨/ ٦٢).

(٧) ينظر: العناية (٩/ ١٢٨) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٥) - مجمع الأنهر (٢/ ٣٩٣) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٨)

(٨) ينظر: تضمين الطبيب، المشيقح ص٢٨.

والخطأ، فيضمن الطبيب جنايته مطلقاً، كإتلاف المال[١] " فالخطأ والعمد اشتركا في الإتلاف الذي هو علة للضمان، وإن افترقا في علة الإثم، وربط الضمان بالإتلاف من باب ربط الأحكام بأسبابها، وهو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلَّا به "[٢]؛ " فإن حقوق الآدميين العامد والمخطيء فيها سواء"[٣] و"الأصل أن وجوب حقوق العباد جبراناً لنقصهم، فيجب في كل موضوع دخله النقص"[٤].

الدليل السادس : أن خطأ الطبيب قتل بغير حق، وفعل محرم مضمون السراية، فيضمن ابتداءً قياساً على القطع ابتداءً[٥].

ونوقش : بأن خطأ الطبيب لا يسلم بأنه محرم ؛ لعدم تعمده، فلا إثم عليه، ثم إن هناك فرقاً بين الطبيب والمخطيء ؛ فالطبيب أمين مأذون له بخلاف المخطيء[٦].

ويمكن أن يجاب : بأن الطبيب وإن كان مأذوناً له إلَّا أنه لا يسوغ له الإقدام على ارتكاب الخطأ.

الموازنة والترجيح : بالنظر في الأقوال الثلاثة السابقة يتبين لي أن الراجح هو مساءلة الطبيب عن كل خطأ ويرجع في تقديره إلى أهل الطب والاختصاص وذلك للأسباب التالية :

السبب الأول : أن كل شيء يرجع فيه إلى أهل الخبرة به والدراية فيه، وبما أن أهل الحذق في الطب والمعرفة به هم من يستطيع تقدير

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٨) - المبدع (٤/ ٤٤٧) - كشاف القناع (٤/ ٣٥).

(٢) إعلام الموقعين (٢/ ١١٦). (٣) المنثور (٢/ ١٢٢).

(٤) قواعد الفقه، المقري ص٢٤٦.

(٥) ينظر: المغني (٨ / ١١٧) - المبدع (٤/ ٤٤٧).

(٦) ينظر: تضمين الطبيب، المشيقح ص٢٨.

هذا الخطأ فإنه يؤخذ بقولهم في ذلك، بغض النظر عن كون هذا الخطأ جسيماً أو غير جسيم، فيقدر أهل الطب كون هذا الفعل الصادر من الطبيب يفعله من هو في نفس المهنة والمستوى وفي نفس الظروف أم لا ؟ وهذا ضابط مهم، وعليه كلام أهل العلم فقد قال الشافعي رحمه الله : " وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعله مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بالصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن "(١).

السبب الثاني : أن الطبيب إذا أخطأ فقد عصى الشارع لا عن قصد، وإنما عن تقصير، وعدم تثبت واحتياط، ولو لم يجب تضمينه لأفضى به ذلك إلى ترك التحرز، وكثرة الأخطاء(٢).

السبب الثالث : أنه قد يصعب في كثير من الحالات التمييز بين الخطأ الجسيم وغير الجسيم؛ حيث إنه لا يستند إلى ضابط محدد يعرف من خلاله تصنيف الخطأ(٣).

السبب الرابع: أن مصلحة الطبيب إذا كانت في توفير القدر الكافي من الحرية والطمأنينة له فإن مصلحة المريض تقابلها في عدم تعريضه لخطأ الطبيب، فإن النفس محترمة، وينبغي صيانتها عن الإهدار(٤).

---

(١) الأم (٦/ ١٨٥).

(٢) ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عودة ص٣٠٥ - ٥٢٥.

(٣) ينظر: الخطأ الطبي، القاسم ص٢٦١.

(٤) ينظر: الجريمة والعقوبة، أبو زهرة ص٣٥٢ - الخطأ الطبي، القاسم ص٢٦١.

الفرع الثالث

مخالفة الأصول العلمية للمهنة الطبية

تقدم أن المراد بالأصول العلمية للمهنة الطبية : القواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي[١].

وأنها أصول يعرفها أهل العلم، ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى عملهم أو فنهم، وأنها جمعت بين العلوم النظرية والعلوم العملية التطبيقية، وبين العلوم الثابتة والمستجدة[٢].

وقد ذكر أهل العلم وبعض الباحثين أمثلة للخروج على الأصول العلمية للمهنة الطبية، ومنها الأمثلة التالية :

المثال الأول : من أراد قلع سن فقلع غيرها[٣].

المثال الثاني : من سقى عليلاً دواءً غير مناسب[٤].

المثال الثالث : من عالج التهاب الزائدة الدودية بالأدوية والحقن مع حاجتها للجراحة[٥].

---

(١) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، قايد ص١٦٤ - أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٢١ - التداوي والمسؤولية الطبية ص ١٦٨.

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٢٢ - التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص ١٧- ١٧٤- مسؤولية الأطباء الجنائية، مصباح محمود ص ٣٠٨.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٣٥٥).

(٤) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٥) ينظر: ضمان التلف ص٢١٦.

وللأطباء ثلاثة أحوال في الخروج عن الأصول العلمية :

الحالة الأولى : الخروج عن الأصول العلمية من الناحيتين النظرية والتطبيقية : وتقع هذه الحالة كثيراً في الجراحة التجريبية التي يقوم الطبيب الجراح بإجرائها للمريض مستنداً على اجتهاداته الشخصية دون مراعاة للضوابط والحدود التي ينبغي مراعاتها.

الحالة الثانية : الخروج عن الأصول العلمية من الناحية التطبيقية مثل الشق في غير الموضع الذي ينبغي أن يكون فيه الشق، أو الزيادة في مساحة الشق عن القدر المحدد.

الحالة الثالثة : الخروج عن الأصول العلمية من الناحية النظرية كالجراحة الملغاة، أو العلاج بالأدوية التي قرر الطب الحديث عدم جدواها أو حصول الضرر منها(١).

حكم مخالفة الأصول العلمية للمهنة الطبية :

الأصول العلمية لها قسمان :

القسم الأول : الأصول العلمية الثابتة المعتبرة عند أهل الطب :

وهذه الأصول الثابتة تشمل أمرين :

الأمر الأول : القواعد العلمية التي تجاوزت مرحلة الخلاف بين الأطباء، واتفقوا على الأخذ بها، كاتفاقهم على " أنه متى أمكن التداوي بالأخف لا ينتقل إلى ما فوقه، فمتى أمكن التداوي بالغذاء لا ينتقل إلى الدواء، ومتى أمكن بالبسيط لا يعدل إلى المركب، ومتى أمكن بالدواء لا يعدل إلى الحجامة، ومتى أمكن بالحجامة لا يعدل إلى قطع

---

(١) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٢٥.

العرق "[١].

الأمر الثاني : ما يكتشفه الأطباء من معارف مستجدة إذا تحققت فيها الشروط التالية : صدورها عن جهات طبية معتبرة مثل : كليات الطب، والجمعيات الطبية، وشهادة أهل الخبرة بكفائتها، وصلاحيتها للتطبيق بعد مضي وقت كاف على تجربتها، والتسجيل العلمي للدواء، أو الطريقة العلاجية[٢].

والأصول العلمية الثابتة للمهنة الطبية المعتبرة عند أهل الطب لا تجوز مخالفتها، بل التقيد بها يعد واجباً من واجبات الطبيب، ويعتبر الطبيب مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عن المخالفة[٣].

ويدل على ذلك ما يلي :

الدليل الأول : حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[٤].

وجه الدلالة : الحديث دلَّ على وجوب اتباع أصول المهنة الطبية، والخروج عن الأصول العلمية المُسَلَّم بها في مجال الطب يعد من الجهل، أو الإهمال الذي لا يسوغ أن يصدر عن طبيب[٥].

الدليل الثاني : أن ترك الطبيب لما استقرت عليه العلوم الطبية يضر

---

(١) نيل الأوطار (٨/ ٢٣٥) - عون المعبود (١٠/ ٢٤٥).

(٢) ينظر: المسؤولية الجنائية للأطباء، قايد ص١٦٤ - أحكام الجراحة الطبية ص٣٢٢ - التجارب الطبية ص٤٩٦.

(٣) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٧٧.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٧٠.

(٥) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٤٩٨.

المريض، والضرر منهي عنه في قوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)[(١)][(٢)].

الدليل الثالث : "أن الله تعالى شرع في كل تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده ويوفر مصالحه"[(٣)]، و" كل تصرف جرَّ فساداً أو دفع صلاحاً فهو منهي عنه "[(٤)] و" كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل"[(٥)]، ومصلحة المريض تتحقق بمداواته بما ظهرت منفعته، وشهد حذاق الأطباء بفائدته، فلا يجوز العدول عن تلك الأصول العلمية الثابتة في المهنة الطبية[(٦)].

القسم الثاني : الأصول العلمية غير الثابتة :

يقصد بها : القواعد التي لا تزال محل بحث الأطباء ونظرهم مما لم يقطع العلم فيه بشيء يصح الإلزام به[(٧)]

وهذه الأصول العلمية غير الثابتة لها حالتان:

الحالة الأولى : أن يكون متفقا بين الأطباءً على اعتبارها أصولاً علمية إلى أن يأتي ما يناقضها فهذه حكمها كالأصول العلمية الثابتة يجب على الطبيب الالتزام بها وعدم الخروج عنها، ويعتبر مسؤولاً عما ترتب على عمله من أضرار حال مخالفتها، أما إذا أثبت العلم نظرية أخرى أفضل منها أو نقضها واستبدلها بغيرها فحينئذ يجب عليه هجرها والعمل بالجديد الذي أثبته العلم.

الحالة الثانية : أن تختلف آراء الأطباء حولها فيعتبرها بعضهم بينما

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٥٦٥.

(٢) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٤٩٨.

(٣) قواعد الأحكام (٢/ ١٢٢).

(٤) المصدر السابق (٢/ ٧٥).

(٥) قواعد الأحكام (٢/ ١٢١).

(٦) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٤٩٨.

(٧) ينظر: المصدر السابق ص٤٩٩.

لا يعتبرها آخرون، وفي هذه الحالة يعتبر الطبيب حراً في اختيار هذه النظرية أو رفضها[١].

ويدل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: عن جابر رضي الله عنه قال: (بعث رسول الله ﷺ إلى أبيّ بن كعب طبيباً فقطع منه عرقاً ثم كواه عليه)[٢].

وجه الدلالة: أن الطبيب يداوي بما ترجح عنده[٣].

الدليل الثاني: أن نظر الطبيب في المسألة الطبية غير الثابتة مشابه لنظر الفقيه في المسألة الفقهية محل الاجتهاد بجامع جواز اختيار الرأي الذي يترجح لكل منهما[٤].

ومن أمثلة هذه الحالة ما يلي:

المثال الأول: صبية سقطت من السطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت وقال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وأبرئها، فشقه، ثم ماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن؟فقيل: لا يضمن إن كان الشق بإذن، وكان معتاداً، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم[٥].

وجه الاستشهاد: أن آراء الأطباء اختلفت في تحمل الرأس

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٨١.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٤٠٢.

(٣) ينظر: نيل الأوطار (٨/ ٢٣٥) - عون المعبود (١٠/ ٢٤٥) - بلوغ الأماني، البنا (١٧/ ١٦٥).

(٤) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٨٢.

(٥) ينظر: مجمع الضمانات ص٨٨.

المفتوح للجراحة، ولذلك أُسْقط الضمان عن الطبيب الجراح لاختياره رأياً لم يقطع الطب بخلافه[١].

المثال الثاني : اختلاف الأطباء في ضرورة إجراء عملية قيصرية لامرأة حامل بحيث يرى بعضهم ضرورة إجراء الجراحة، ويرى البعض الآخر أن الانتظار ليوم أو يومين أقل مخاطرة من الإقدام[٢].

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٨٣.

(٢) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الصفحة.

الفرع الرابع
الجهل[١] بالطب

وقد عُرّف الطبيب الجاهل بأنه : " الذي يعطي الأدوية المهلكة للناس، ويسقيهم إياها عن غير علم، والذي لا يستطيع دفع الضرر عنهم عند ظهور المضرة والتهلكة "[٢].

والجهل في الطب ليس كالجهل في غيره ؛ لأن سائر الصُّنَّاع سوى الطبيب إذا أفسدوا شيئاً تلافوا أمره، وأمكن أن يصلحوه، وغلط الطبيب مهلك ؛ لأنه يتعلق بالنفوس والمهج، وفارط التفريط في النفوس قلَّ أن يستدرك[٣]، " وجهال الأطباء هم الوباء في العالم "[٤]، وتصدي الطبيب للمعالجة مع جهله إقدام على النفوس، وتعريض لها للمخاطر[٥].

والجهل بالطب له ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يكون دَعِياً على علم الطب بحيث لا يكون له معرفة به ولم يسبق له ممارسة العلاج وإنما غرَّ المريض وخدعه بادعاء المعرفة والخبرة.

---

(١) الجهل لغة: نقيض العلم، ويطلق على الخفة، واصطلاحاً: انتفاء العلم بالمقصود، وهو نوعان: جهل بسيط، وهو عدم الإدراك، وعدم العلم عما من شأنه أن يكون عالماً، وجهل مركب: وهو إدراك الشيء على خلاف هيئته في الواقع. ينظر: لسان العرب (١١/ ١٢٩) - التعريفات ص١٠٨ - الحدود الأنيقة ص٦٨.

(٢) درر الحكام (٢/ ٦٠٣). وينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٩٣).

(٣) ينظر: أدب الطبيب، الرهاوي ص٢٤٢ - التشويق الطبي ص١١٤.

(٤) الآداب الشرعية، ابن مفلح (٢/ ٤٣٧).

(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٨٧.

الحالة الثانية : أن تكون لديه معرفة يسيرة بعلم الطب لكنها لا تؤهله لممارسة هذا الفن كطلبة كلية الطب الذين لم يكملوا دراستهم النظرية والعملية.

الحالة الثالثة : أن يكون لديه معرفة جيدة بفن من فنون الطب بحيث يكون تخصصه مثلاً في طب الأسنان أو جراحة العظام ثم يتصدى لممارسة العمل الطبي في التخصصات الأخرى، ومثله من لديه إجازة في الطب لكنه لم يمارس الجانب التطبيقي(١).

والمتطبب يعتبر جاهلاً ومسؤولاً في جميع الحالات الثلاث.

والفرق بين هذا الموجب وبين الموجب السابق (مخالفة الطبيب أصول المهنة) : أن الجهل كموجب للضمان والمسؤولية يقتصر على من أقدم على الطب وهو جاهل به بالكلية، بينما مخالفة الطبيب أصول المهنة يختص بمن خرج على الأصول العلمية مع أنه قد يكون حاذقاً في مهنته الطبية(٢).

وقد دل على ضمان الطبيب الجاهل ومسؤوليته أدلة متعددة منها ما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البَقَرَة: ١٩٣].

وجه الدلالة: دلت الآية على أن الأصل في المعتدي وجوب الضمان، ويدخل في ذلك الطبيب الجاهل(٣)

---

(١) ينظر: فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم (٨/ ١٠٥) - بهجة قلوب الأبرار ص١٤٣ - أحكام الجراحة الطبية، ص٣٥٢ - التداوي والمسؤولية الطبية ص١٨٦ - ضمان التلف ص٢٠٨ - الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٨٢).

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٢٨.

(٣) ينظر: تضمين الطبيب، المشيقح ص٢١.

الدليل الثاني : حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[١].

وجه الدلالة : أنه قال في الحديث (تطبب) مما يدل على أنه تكلف الشيء ودخل فيه بكلفة مع كونه ليس من أهله[٢]، فمن تعاطى فعل الطب ولم يتقدم له في ذلك سابق تجربة ولا مداولة الأعمال وخدمة الأطباء ومماشاة المجربين فهو ضامن لما ترتب على فعله من تلف نفس أو عضو ونحوهما[٣].

الدليل الثالث: الإجماع على تضمين الطبيب الجاهل[٤].

قال الخطابي : " لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعد "[٥].

وقال ابن القيم : " الطبيب الجاهل... إذا تعاطى علم الطب وعمله، ولم يتقدم له به معرفة، فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غَرَّرَ بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك، وهذا إجماع من أهل العلم "[٦].

الدليل الرابع : أن الطبيب الجاهل لا يحل له مباشرة القطع ؛ لأنه

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٧٠.

(٢) ينظر: الآداب الشرعية (٢/ ٤٣٨).

(٣) ينظر: كتاب الأربعين الطبية، البغدادي ص٢٣ - بهجة قلوب الأبرار ص١٨٧.

(٤) ينظر: مرقاة المفاتيح (٦/ ٢٢٣٩) - بداية المجتهد (٤/ ١٦٨٨) - معالم السنن (٤/ ٣٩) - الكاشف عن حقائق السنن، الطيبي (٨/ ٢٤٨٣) - فيض القدير (٦/ ١٠٦) - زاد المعاد (٤/ ١٢٧) - التنوير، الصنعاني (١٠/ ١٨٠) - سبل السلام (٢/ ٣٦٣) - عون المعبود (١٢/ ٢١٥).

(٥) معالم السنن (٤/ ٣٩).

(٦) زاد المعاد (٤/ ١٢٧ - ١٢٨)

ليس من أهل البصارة والمعرفة، ومتى أقدم على ذلك فقد ارتكب فعلاً محرماً يضمن سرايته[(١)].

الدليل الخامس : أن المتطبب جمع بين أمرين محرمين : إقدامه على النفوس بالإتلاف والإضرار، وعدم الحصول على إذن معتبر من المريض بعلاجه ؛ فإنه لا يعد إذن المريض بالفعل الذي نتج عنه الضرر إذناً معتبراً شرعاً ؛ لأنه إنما أذن بناءً على تغرير الأطباء، ولأن بدن المريض أمانة عنده لا يملك التصرف فيه إلا بحسب ما أُذِن له شرعاً، والشرع لا يأذن له أن يتداوى عند من يعرف جهله، ولكون الطبيب متعدياً بجهله وعدم معرفته[(٢)(٣)].

الدليل السادس : أن قبول تطبيب الجاهل بالطب قبول بارتكابه معصية ليس له عذر فيها، والجهل ليس عذراً صالحاً لإسقاط الضمان والمسؤولية[(٤)] ؛ فإنه " لو عُذِر الجاهل لأجل جهله لكان الجهل خيراً

---

(١) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٨).

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص٣٥٦ – التداوي والمسؤولية الطبية ص١٨٧ - تضمين الطبيب، المشيقح ص٢٣.

(٣) وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وقد حُكِي الإجماع على تضمين الطبيب الجاهل المتعدي مطلقاً، سواءً حصل على إذن أم لا ؛ لأن الطبيب الجاهل لا تحل له مباشرة الطب مع جهله، ولو أُذن له، وذهب بعض الفقهاء إلى أن المريض إن أذن للطبيب الجاهل فلا ضمان عليه ؛ لأن المريض قد علم بحال الطبيب، ومكنه من مداواته مع علمه بجهله ينظر: مرقاة المفاتيح (٦/ ٢٢٣٩) – بداية المجتهد (٤/ ١٦٨٨) - حاشية الدسوقي (٤/ ٣٥٥) – معالم السنن (٤/ ٣٩) – الكاشف عن حقائق السنن، الطيبي (٨/ ٢٤٨٣) - فيض القدير (٦/ ١٠٦) - المغني (٥/ ٣٩٨ – ٣٩٩) – زاد المعاد (٤/ ١٢٩) – الآداب الشرعية (٢/ ٤٣٧) – سبل السلام (٢/ ٣٦٣) – عون المعبود (١٢/ ٢١٥) - أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٥٦ - ٣٥٧ - التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٨٧ - تضمين الطبيب، المشيقح ص٢٣ - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ص١٥٩ - ١٦٠ - الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٨٣).

(٤) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٩٤ - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ص١٥٩.

من العلم؛ إذ كان يحط عن العبد أعباء التكليف، ويزيح قلبه من ضروب التعنيف، فلا حجة للعبد في جهله بالحكم بعد التبليغ والتمكين "[1]

الدليل السابع: أن في تضمين الطبيب الجاهل ردع لكل متطبب، ومنع لأدعياء الطب من الإضرار بأجساد الآخرين، وإتلافها[2].

(١) المنثور، الزركشي (٢/ ١٧) - حاشية البجيرمي على الخطيب (٢/ ٨٢).

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٥٥ - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ص١٥٩.

الفرع الخامس

تخلف الإذن الطبي

الإذن الطبي : موافقة المريض، أو وليه على الإجراءات الطبية اللازمة لعلاجه[١].

والإذن قسمان : **مقيد** : وهذا لا إشكال في جوازه شرعاً ما دام صادراً من صاحب الحق في الإذن وهو المريض، أو وليه عندما لا يكون المريض أهلاً للإذن[٢].

ومطلق : لا يحمل على إطلاقه، بل يقيد بالمعتاد من الأعمال ؛ فإن " الإذن المطلق إنما يتناول المعتاد من الأعمال دون الغرر "[٣]، ولأن المريض إذا لم ينص في إذنه على شيء بعينه فإن إذنه لا يتناول ما يكون سببا لإتلافه ؛ إذ مطلق الإذن تقيده القرينة بغير المتلف[٤]، و لا مسؤولية على الطبيب الحاذق لو داوى المريض بمطلق المداواة إذا لم يتعد حدود الصنعة، ولم يخرج عن المعتاد من الأعمال الطبية، وينبغي أن يقيد الإذن بما فيه مصلحة للمريض[٥].

---

(١) ينظر : أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٢٧.

(٢) ينظر : التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص١٩٨.

(٣) تبصرة الحكام (٢/ ٢٤٥).

(٤) ينظر : فتاوى ابن الصلاح (٢/ ٤٦٤- ٤٦٥).

(٥) ينظر : التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٠٥ - أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٤١.

وقد اختلف الفقهاء في تضمين الطبيب غير المأذون له على قولين :

القول الأول : أن الطبيب إذا لم يؤذن له فإنه لا يضمن، وقال به ابن حزم[(١)]، وابن القيم[(٢)].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المَائدة: ٢].

وجه الدلالة : أن فعل الطبيب ومداواته للمرضى داخل في باب التعاون على البر والتقوى، وإذا انتفى قصد العدوان والتعدي فلا أثر للإذن وعدمه في حِلِّ الفعل أو حرمته[(٣)].

ونوقش : بأن التعدي على حق الغير من أبدان الناس وأموالهم لا يكون من البر والتقوى، بل هو متضمن للاعتداء والإيذاء ما دام لم يتحقق الرضا، وحسن نية الطبيب في التعدي لا تسقط عنه المسؤولية[(٤)].

الدليل الثاني : قال تعالى : ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [التّوبَة: ٩١].

وجه الدلالة : أن هذه الآية "أصل في رفع العقاب عن كل محسن"[(٥)]، و"أن من أحسن على غيره... ثم ترتب على إحسانه نقص أو

---

(١) ينظر: المحلى (١١/ ٦٩).

(٢) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٣٠) - الإنصاف (٦/ ٧٥) -كشاف القناع (٤/ ٣٥).

(٣) ينظر: المحلى (١١/ ٦٩) - التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٠١ - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٢٢٣

(٤) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٦٣ - التداوي والمسؤولية الطبية ص٢٠٢-٢٠٣.

(٥) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي (٨/ ٢٢٧).

تلف أنه غير ضامن؛ لأنه محسن، ولا سبيل على المحسنين"[(١)]، والطبيب إذا عالج المريض بدون إذنه أو إذن وليه، ولم يتعد في علاجه فهو محسن بفعله، فلا ضمان عليه[(٢)].

ونوقش: بأن الإحسان يتنافى مع التعدي على حق الغير بدون إذنه ولو على سبيل المساعدة والمناصرة، والإحسان إنما يكون حين ينتفي التعدي[(٣)].

الدليل الثالث: أن الطبيب إذا عالج بدون إذن ولي المريض فإنه إن كان متعدياً فلا أثر لإذن الولي في إسقاط الضمان، وإن لم يكن متعدياً فلا وجه لضمانه[(٤)].

ونوقش: بأن هذا مردود، فإن العدوان يرجع إلى مخالفة أمر الشارع، وقد أمرنا بأخذ إذن المريض، وجعل إذن المريض سبباً لرفع المسؤولية عن الطبيب[(٥)].

القول الثاني: أن الطبيب إذا لم يؤذن له فإنه يضمن، وهو قول الحنفية[(٦)]، والمالكية[(٧)]، والشافعية[(٨)]، والحنابلة[(٩)]، وجمهور الفقهاء

---

(١) تيسير الكريم الرحمن، السعدي ص٣٤٧.

(٢) ينظر: المحلى (١١/ ٦٩) – زاد المعاد (٤/ ١٣٠) - التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٠٢.

(٣) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٠٣.

(٤) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٣٠).

(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٠٣.

(٦) ينظر: الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٥) - فتح القدير (٧/ ٢٠٦) – البحر الرائق (٨/ ٣٣) – حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩)

(٧) ينظر: النوادر (١٣/ ٥١٠) - الشامل (٢/ ٩٤٧) – التاج والإكليل (٨/ ٤٣٩) – مواهب الجليل (٨/ ٤٣٩).

(٨) ينظر: الأم (٦/ ٦٤-٦٥)- المهذب (٣/ ٣٧٥) – روضة الطالبين (١٠/ ١٧٩) – أسنى المطالب (٤/ ١٦٦).

(٩) ينظر: المغني (٥/ ٣٩٨) - الفروع (٧/ ١٧٧) – الإنصاف(٦/ ٧٥) – كشاف القناع(٤/ ٣٥).

والباحثين المعاصرين(١).

ويدل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن العقد الطبي عقد إجارة، والإجارة من التجارات التي لا بد فيها من التراضي(٢).

الدليل الثاني: عن عائشة رضي الله عنها قالت: لددنا رسول الله ﷺ في مرضه، وجعل يشير إلينا (لا تلدوني)، قالت: فقلنا: كراهية المريض بالدواء، فلما أفاق قال: (ألم أنهكم أن تلدوني)، قال: قلنا: كراهية للدواء، فقال رسول الله ﷺ: (لا يبقى منكم أحد إلا لُدَّ وأنا أنظر إلا العباس؛ فإنه لم يشهدكم)(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهاهم عن لَدِّه، وأمر بِلَدِّ كل من في البيت عقاباً لهم، فدل على اعتبار إذن المريض ورضاه، وأن من طبب مريضاً بغير إذنه فقد أتى ما يستوجب معاقبته(٤).

الدليل الثالث: الإجماع على أن الطبيب إذا تعدى فأتلف المريض

---

(١) ينظر: فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم (٨/ ١٠٤) - أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٦٢ - التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٠٢ - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ص١٦٧ - الخطأ الطبي، الجبير (٥/ ٤٣٨٠) - أحكام الإذن الطبي، خرخاش ص٢٢٤.

(٢) ينظر: تضمين الطبيب، المشيقح ص٣٥.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص١٨١.

(٤) ينظر: شرح ابن بطال (٨/ ٥٢١) - شرح النووي على مسلم (١٤/ ١٩٩) - التجارب الطبية ص٥٠٦.

ضمن[١]، ومن داوى غيره بدون إذنه فهو متعد ؛ لأن للإنسان حقاً في جسده " وحق الآدمي لا يجوز التصرف فيه بغير إذنه "[٢].

الدليل الرابع : أن للإنسان حقاً في جسده، و"الله تعالى تفضل على عباده فجعل ما هو حق لهم بتسويغه وتملكه وتفضله لا ينقل الملك فيه إلا برضاهم، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم، ولذلك لا يسقط الضمان في إتلافه إلا بإذنهم في إتلافه، أو بالإذن في مباشرته على سبيل الأمانة "[٣]

الدليل الخامس : أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه فإن ذلك يعد تعدياً على المريض وعملاً محرماً ؛ لعدم الإذن فيه، وحيث استحال عمله إلى عمل محرم فإنه يعتبر واجب الضمان[٤].

ونوقش : بأن العدوان وعدمه إنما يرجع فيه إلى فعله هو ولا أثر للإذن وعدمه فيه[٥].

وأجيب : بأن العدوان يرجع إلى مخالفة أمر الشارع، وقد جاء الأمر بأخذ إذن المريض بتمليكه لمنافعه، فجعل إذن المريض سبباً لرفع المسؤولية عن الطبيب[٦].

الدليل السادس : أن الأصل إيجاب الضمان، فإذا أذن المكلف

---

(١) ينظر : مرقاة المفاتيح (٦/ ٢٢٩٣) - الاستذكار (٨/ ٦٢) - بداية المجتهد (٤/ ١٦٨٨) - معالم السنن (٤/ ٣٩) - الكاشف، الطيبي (٨/ ٢٤٨٣) - فيض القدير (٦/ ١٠٦) - التنوير (١٠/ ١٨٠) - عون المعبود (١٢/ ٢١٥)

(٢) ينظر : المغني (٤/ ٣٧٤).

(٣) الفروق، القرافي (١/ ٣٤١).

(٤) ينظر : البحر الرائق (٨/ ٣٣) - المغني (٥/ ٣٩٨).

(٥) ينظر : زاد المعاد (٤/ ١٣٠).

(٦) ينظر : التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٠٣.

كان مسقطاً لحقه بذلك الإذن، وإذا لم يأذن بقي حكم الأصل الموجب للتضمين[١].

الترجيح : الراجح القول الثاني الذي يوجب تضمين الطبيب الذي لم يؤذن له، ويستثنى من ذلك: إذا كان المريض مشرفاً على الهلاك، ولا يمكن أخذ إذنه ولا إذن أحد من أوليائه، وقرر الطبيب إمكان معالجته، وكانت حالته تستدعي سرعة التدخل العلاجي حفظاً لحياته، فمتى باشر الطبيب مثل هذه الحالة ونتج عن فعله تلف ونحوه لم يضمن، وذلك لإنقاذ هذا المريض من الموت[٢]، ويؤيد ذلك ما يلي:

أولاً : قوة ما استدل به أصحاب هذا القول، وضعف أدلة القول الأول، حتى إن ابن القيم ﷺ تردد في ترجيحه، وقال: " فإن قلت: هو متعد عند عدم الإذن، غير متعد عند الإذن، قلت: العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله هو، فلا أثر للإذن وعدمه فيه، وهذا موضع نظر "[٣].

ثانياً : أن الأصل حرمة الاعتداء على جسم الإنسان بقطع أو جراحة أو نحوها دون إذن معتبر، وتَدَّخل الطبيب دون إذن المريض ودون ضرورة توجب الاستثناء يخرج عمل الطبيب من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي، وذلك موجب لتحمل المسؤولية[٤].

ثالثاً أن الطبيب غير المأذون له إذا كان من المشهورين بالطب،

(١) ينظر: تضمين الطبيب، المشيقح ص٣٧.

(٢) ينظر: أحكام الإذن الطبي، الجرعي ص٢٩.

(٣) زاد المعاد (٤/ ١٣٠).

(٤) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٠٢ - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ص١٦٨.

وقامت الضرورة، وخيف الفوات في العلاج فإنه يكون كالمأذون له بالعرف[١].

أثر تخلف إذن ولي الأمر : إذا تخلف إذن ولي الأمر، وكان الطبيب حاذقاً، مأذوناً له في عمله الطبي من جهة الشرع، ومن جهة المريض، أو وليه، متبعاً للأصول العلمية للمهنة الطبية، ولم يحصل منه خطأ أو زلل فإنه لا ضمان عليه إذا لم يأذن له ولي الأمر، ولا يمنع ذلك مساءلته وتأديبه على معالجته دون إذن ولي الأمر له بذلك[٢].

---

(١) ينظر: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، خليل (٦/٢٠٨).

(٢) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢١٢ - مسؤولية الطبيب عن خطئه، الخميس ص١٦٩.

الفرع السادس

التغرير

يقصد بتغرير الطبيب للمريض : قيام الطبيب بحمل المريض على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة تُرَغِّب فيه بزعم أن فيه مصلحة(١).

ومن أمثلة ذلك ما يلي: وصف الطبيب للمريض دواءً معيناً من حبوب أو أشربة ضارة فيقوم المريض باستخدامها معتقداً صحة وصف الطبيب وسلامته، والحال خلاف ذلك، ووصف الطبيب للمريض أدوية لا يحتملها جسمه، وكتابة التذكرة الطبية بخط غير واضح أو بعبارات محتملة(٢).

والتغرير ضد التبصير الواجب على الطبيب القيام به، وما ينشأ عن تغرير الطبيب للمريض فهو ضامن له، ويدل على ذلك ما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الأنفال: ٢٧].

وجه الدلالة : أن الله تعالى نهى عن الخيانة، فـ "هذا خطاب لجميع المؤمنين إلى يوم القيامة، وهو يجمع أنواع الخيانات كلها قليلها وكثيرها"(٣)، " ولفظ الخيانة حيث استعمل لا يستعمل إلا فيما خفي عن المخون، كالذي يخون أمانته، فيخون من ائتمنه إذا كان لا يشاهده، ولو شاهده لما خانه"(٤).

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢١٥.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص٢١٥ - ٢٢٣.

(٣) المحرر الوجيز (٢/ ٥١٧).

(٤) مجموع الفتاوى (١٤/ ٤٤٠).

الدليل الثاني : عن تميم الداري ﷺ أن النبي ﷺ قال : (الدين النصيحة، قلنا : لمن؟ قال : لله، ولكتابه، ولرسوله، ولأئمة المسلمين، وعامتهم)[١].

الدليل الثالث : عن جرير بن عبد الله ﷺ قال : (بايعت رسول الله ﷺ على إقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، والنصح لكل مسلم)[٢].

وجه الدلالة : في الأحاديث دلالة على وجوب النصح لكافة المسلمين، وتعريفهم بما يجب عليهم ولهم في أمر دينهم ودنياهم، والتحذير من غشهم، وأن من قلده الله تعالى شيئاً من أمرهم واسترعاه عليهم ونصبه لمصلحتهم في دينهم أو دنياهم فخان فيما اؤتمن عليه فلم ينصح فيما قلده فقد غشهم[٣]، والمريض قد التزم رعاية الطبيب بعقد، فوجب على الطبيب نصحه وتبصيره[٤].

الدليل الرابع : أن التغرير يثبت الضمان في عقود المعاوضات[٥]، فهو عيب يفسد الرضا، ويلغي الإذن الصادر معه ؛ لأن إذن المغرور مبني على تصور لا وجود له، فكأنه لم يكن، فكان موجباً للضمان[٦].

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٦٣٣.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: الدين النصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم برقم (٥٧) ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة برقم (٥٥). ينظر: صحيح البخاري (١/ ٢١) - صحيح مسلم (١/ ٧٥).

(٣) ينظر: إكمال المعلم (٦/ ٢٣١) - شرح النووي على مسلم (٢/ ٣٩، ١٦٦) - فتح الباري، ابن حجر (١/ ١٣٨) (١٣/ ١٢٨) - جامع العلوم والحكم (١/ ٢٢٣).

(٤) ينظر: أحكام عقد العلاج، حلبية ص٢٤٦.

(٥) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٧٩) - الهداية (٣/ ٢٢٧) - تبيين الحقائق (٥/ ٨٨) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٠١).

(٦) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٥١٨.

الفرع السابع
إفشاء الأسرار الطبية

يقصد بإفشاء السر: كشفه، وجعله معروفاً للغير سواءً كان ذلك بنشره أو إذاعته أو طبعه وتوزيعه[١].

وقيل: تعمد الإفضاء بسر من شخص أؤتمن عليه بحكم عمله أو صناعته في غير الأحوال التي يجب فيها الإفضاء، أو يجوز[٢].

وإفشاء السر الطبي لا يخرج عن المفهوم العام لإفشاء الأسرار، فكل ما سمعه الطبيب، أو علم به مما تقتضي الأعراف في الزمان والمكان ألَّا ينطق به بين الناس فذلك سر يجب كتمانه، ويحرم إفشاؤه[٣].

وعليه فإن حفظ أسرار المرضى وأحوالهم أمانة في أعناق الأطباء فلا يحل لهم إفشاؤها[٤].

ويعتبر إفشاء السر الطبي جريمة توجب المسؤولية الطبية إذا تحققت فيه الأركان التالية:

الركن الأول: أن يكون ما تم إفشاؤه سراً طبياً، وصل إلى علم الطبيب عن طريق مهنته.

---

(١) ينظر: المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، البراوي ص٢٧٤.

(٢) ينظر: إفشاء السر الطبي، علي محمد علي ص٥- إفشاء الأسرار الطبية والتجارية، الخضيري ص٤٥.

(٣) ينظر: إفشاء الأسرار الطبية والتجارية، الخضيري ص٩٥.

(٤) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٤٧.

الركن الثاني : أن يقوم الطبيب بإفشاء السر، وإذاعته للآخرين بأي وسيلة كانت.

الركن الثالث : أن يكون إفشاء السر الطبي بقصد جنائي، فإذا لم يتحقق القصد الجنائي لم تتحقق المسؤولية الجنائية، ولكن يسأل الطبيب مدنياً وتأديبياً[(١)].

إلَّا أن هناك عدد من الحالات التي يجوز فيها إفشاء الأسرار الطبية، ومنها الحالات التالية :

الحالة الأولى : إذن المريض بإفشاء السر الطبي الخاص به إذا صدر منه، وهو مكلف، مختار، وكان إذناً صريحاً : مشافهة، أو كتابة، ولم يؤدِّ ذلك الإفشاء إلى الإضرار بأحد فرداً كان أو جماعة[(٢)].

الحالة الثانية : انقضاء حالة كتمان السر الطبي، كأن يبوح به صاحب السر نفسه، أو يكون الالتزام بكتمان السر إلى أجل محدد اتفق عليه الطبيب والمريض، أو أن تنتقل حالة المريض من كونه يشرع كتم سره إلى مشروعية كشف سره، وفضح أمره[(٣)].

ويدل على ذلك :

أولاً : ما جاء في الأثر من قول أبي بكر رضي الله عنه (فلم أكن لأفشي سر رسول الله صلى الله عليه وسلم)[(٤)].

---

(١) ينظر: السر الطبي، الترمانيني ص٥٨ - إفشاء الأسرار الطبية والتجارية، الخضيري ص١٤٣.

(٢) ينظر: السر الطبي، الترمانيني ص٤٥ - إفشاء السر الطبي، علي محمد ص١٣٧ - ١٤٠ - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ص٧٣، ٧٤ - إفشاء الأسرار الطبية والتجارية، الخضيري ص٢١٨.

(٣) ينظر: إفشاء السر، الأشقر ص٦٢ - ٦٣.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٦٤٠.

وجه الدلالة : قال ابن حجر : " وفيه فضل كتمان السر، فإذا أظهره صاحبه ارتفع الحرج عمن سمعه "(١)

ثانياً : أن الحق في السر للمريض، والمنع لأجله، فإذا أفشاه، أو أذن بذلك فالأمر جائز(٢).

الحالة الثالثة : أن يؤدي كتمان السر إلى ضرر أبلغ من ضرر الإفشاء، فيجوز إفشاء السر للتبليغ عن الأمراض المعدية، أو تعاطي المخدرات، أو التبليغ عن الجرائم، وعن الولادات، والوفيات، وكذلك الإفشاء لأداء الشهادة، ويكون كشف السر بالقدر الذي يندفع به الضرر ؛ لأن " ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها "(٣)، فإن كان الضرر خاصاً فيكون بإبلاغ من يتضرر به على وجه الخصوص، وإن كان الضرر عاماً فيكون بإبلاغ الجهة المسؤولة لاتخاذ ما يدفع الضرر قبل وقوعه، أو يرفعه بعد وقوعه، كالحجر على المريض بمرض معد، وتبليغ جهات الاختصاص عن الجرائم، وعن الولادات، والوفيات(٤).

ويدل على ذلك ما يلي :

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣].

---

(١) فتح الباري (٩/ ١٧٧). وينظر: إرشاد الساري (٦/ ٢٦٨).

(٢) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٥٢٧.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٨٦ - شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص١٨٧ - قواعد البركتي ص٨٩ - المنثور، الزركشي (٢/ ٣٢٠) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٨٤.

(٤) ينظر: إفشاء السر، الأشقر ص٦٤ - إفشاء السر، علي محمد ص٢٣٠، ٢٧١، ٣١٥ - المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ص٧٧ - ٨٥ - إفشاء الأسرار الطبية والتجارية، الخضيري ص١٩٢ - ٢١٢.

وجه الدلالة : أن الشاهد إذا لزمته الشهادة ففرض عليه أن يقوم بها، ولا يكتمها، ولا يحابي بها، ولا يمنعها أحداً[(١)]، والطبيب الذي علم من حال المريض وجود خطر على غيره فإن إبلاغه عنه من الشهادة الواجبة ؛ لتعينها في حقه تحملاً وأداءً ؛ لعدم وجود من يقوم بذلك غيره[(٢)].

الدليل الثاني : قال تعالى : ﴿وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا﴾ [الحُجرَات: ١٢].

الدليل الثالث: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : (أتدرون ما الغيبة ؟)، قالوا : الله ورسوله أعلم، قال : (ذكرك أخاك بما يكره)، قيل : أفرأيت إن كان في أخي ما أقول؟ قال : (إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته، وإن لم يكن فيه فقد بهتَّه)[(٣)].

وجه الدلالة : إنه إذا كان إفشاء السر الطبي من الغيبة المحرمة ؛ لأنه ذكر لصاحب السر بما يكره[(٤)]، إلَّا أن الغيبة " قد تجب، أو تباح لغرض صحيح شرعي لا يتوصل إليه إلَّا بها "[(٥)]، فإذا أصبح كتمان السر الطبي مضيعاً للمصالح، وجالباً للمفاسد جاز إفشاؤه، وخرج عن حد الغيبة المحرمة.

الدليل الرابع : عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ: (المجالس بالأمانة إلَّا ثلاثة مجالس : مجلس يسفك فيه دم حرام، ومجلس يستحل فيه فرج حرام، ومجلس يستحل فيه مال من غير حق)[(٦)].

---

(١) الأم (٧/ ٩٧).
(٢) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٥٣٠.
(٣) الحديث سبق تخريجه ص٦٤١.
(٤) ينظر: إفشاء السر، علي محمد علي ص٥٣.
(٥) الزواجر عن اقتراف الكبائر، الهيتمي (٢/ ٢٣).
(٦) الحديث أخرجه بلفظه أحمد في مسنده برقم (١٤٦٩٣)، وأبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في نقل الحديث برقم (٤٨٦٩)، والبيهقي في الكبرى برقم (٢١٦٩٤)، وضعفه ابن حجر، =

وجه الدلالة: أنه يجوز إفشاء السر دفعاً للمفسدة، وتحذيراً من المفسدين ؛ لإن إخفاءه مع وجود المفسدة فيه ضرر عظيم[١]، وإذا تعين الإفشاء طريقاً لإنقاذ مسلم من الهلاك، أو دفع منكر كان واجباً[٢].

الدليل الخامس: أن تحريم إفشاء السر الطبي لمصلحة صاحب السر نفسه، بيد أن هذه المصلحة قد تعارضها مصلحة أو مصالح أخرى تتفوق عليها في الاعتبار، وتترجح عليها في الحكم "والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة "، و"إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما "[٣]، و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف "[٤]، و"يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "[٥].

= والمباركفوري، والألباني. ينظر: مسند أحمد (٢٣/ ٤٥) - سنن أبي داود (٧/ ٢٣٢) - السنن الكبرى، البيهقي (١٠/ ٢٤٧) - فتح الباري (١١/ ٨٢) - تحفة الأحوذي (٦/ ٧٩) - السلسلة الضعيفة، الألباني (٤/ ٣٨١-٣٨٢).

(١) ينظر: مرقاة المفاتيح (٨/ ٣١٦٧) - فيض القدير (٦/ ٢٦٢) - التنوير، الصنعاني (١٠/ ٤٦٦).

(٢) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٥٣٠.

(٣) ينظر: أشباه ابن نجيم ص٨٩ - قواعد البركتي ص٥٦ - إيضاح المسالك ص٩٥- أشباه السيوطي ص٨٧.

(٤) ينظر: أشباه ابن نجيم ص٨٩ - ترتيب اللآلي (١/ ٣١٢) - إيضاح المسالك ص١٠٧ - قواعد البركتي ص٥٦

(٥) ينظر: أشباه ابن نجيم ص٨٧ - ترتيب اللآلي (٢/ ١١٦٧) - شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص١٩٧.

المبحث السادس

إثبات موجبات ضمان الطبيب في العقد الطبي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

مشروعية إثبات موجب الضمان في العقد الطبي

إذا حصل موجب من موجبات الضمان فالواجب إثبات ذلك، ويدل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)(١).

وجه الدلالة: أنه لا تقبل دعوى أحد على أحد دون بينة، ولا يقبل قول أحد بمجرد دعواه(٢).

الدليل الثاني: الإجماع، فقد " أجمعت الأمة على.... أنه لا تقبل دعوى أحد على أحد دون بينة "(٣).

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ فِي ٱلْآخِرَةِ﴾ [آل عِمرَان: ٧٧] برقم (٤٥٥٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه برقم (١٧١١). ينظر: صحيح البخاري (٦/ ٣٥) - صحيح مسلم (٣/ ١٣٣٦).

(٢) ينظر: شرح ابن بطال (٨/ ٥٣) - الاستذكار (٧/ ١٦٥) - شرح النووي على مسلم (١٢/ ٤).

(٣) شرح ابن بطال (٨/ ٥٣) - التوضيح، ابن الملقن (١٦/ ٦١٤).

المطلب الثاني

التداعي بين الطبيب والمريض في العقد الطبي

إذا حصل اختلاف بين الطبيب والمريض فمن الذي يؤخذ بقوله منهما ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يؤخذ بقول المريض، وإليه ذهب الحنفية(١)، وبعض الشافعية(٢).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

الدليل الأول : أن مصدر الإذن هو المريض، فالإذن مستفاد من قبله، وبما أن القول قوله في أصل الإذن فكذا القول قوله في صفته(٣)إعمالاً للقاعدة الفقهية التي تقول : " من كان القول قوله في أصل الشيء كان القول قوله في صفته، وما لا فلا "(٤).

الدليل الثاني : أن الأصل هو عدم صدور الإذن، فالإذن عارض، والقول قول من ينفي العارض(٥)إعمالاً للقاعدة الفقهية التي تقول : الأصل في الصفات العارضة العدم(٦).

الدليل الثالث : "أن الظاهر الغالب من أعضاء الناس السلامة "(٧).

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/ ٢٥) - تكملة البحر (٨/ ٣٣) - مجمع الضمانات ص٨٧ - الفتاوى الهندية (٤/ ٤٧٩)

(٢) ينظر: قواعد الأحكام (٢/ ٥٥).

(٣) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٧٩.

(٤) المنثور في القواعد (٣/ ٢١٩).

(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٧٩.

(٦) ينظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٨٤.

(٧) قواعد الأحكام (٢/ ٥٥).

ونوقشت هذه الأدلة : بأن تصديق قول المريض على الطبيب يجعل الأطباء يحجمون عن العمل، ويخشون المعاقبة، وربما كان هذا ذريعة لرميهم بالتهم الباطلة، والدعاوى المجردة(١).

القول الثاني : يؤخذ بقول الطبيب، وإليه ذهب المالكية(٢)، وهو المعتمد عند الشافعية(٣)، وهو مذهب الحنابلة(٤).

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول : أن الطبيب أمين على عمله ؛ لأن المريض قد استأمنه على جسمه بعد أن وثق به، والأمناء مُصَدَّقون في أقوالهم، والأصل براءة ذممهم(٥)، إعمالاً للقاعدة الفقهية التي تقول : " الأصل عدم العداء "(٦).

الدليل الثاني : أن اليمين إنما تجب على أقوى المتداعيين سبباً، والطبيب أقوى سبباً من المريض ؛ لأنه مأذون له في المداواة، ومؤتمن عليها فكان القول قوله مع يمينه(٧).

الدليل الثالث : أن الطبيب يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب فلا يصح إلزامه بها(٨).

---

(١) ينظر : التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٨١ - إثبات خطأ الممارس الصحي، الغامدي ص٢٨٠.

(٢) ينظر : الشامل (٢/ ٧٩٩) - التاج والإكليل (٧/ ٥٦١) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢٩)- منح الجليل (٧/ ٥١٨).

(٣) ينظر : فتح العزيز (٦/ ١٥٠) - قواعد الأحكام (٢/ ٥٥) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٧٨)

(٤) ينظر : المغني (٥/ ٤٠٢) - الفروع وتصحيحه (٧/ ١٧٨) - الإنصاف (٦/ ٧٩) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٧٩)

(٥) ينظر : المغني (٥/ ٤٠٢). (٦) منح الجليل (٣/ ٥٤٦).

(٧) ينظر : الإشراف، القاضي عبدالوهاب (٢/ ٦٦٦).

(٨) ينظر : حاشية الصاوي (٤/ ٤٨) - التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٨٠.

الترجيح : الذي يترجح لدي هو القول الثاني لقوة أدلته، ولأن بالناس ضرورة إلى الأطباء، وذلك يستدعي رفعهم عن محل التهمة، إعمالاً للأصل فيهم، وهو براءة ذممهم من التعدي.

وبناءً على ذلك فإن المريض هو المكلف بإثبات الدليل على حدوث موجب الضمان من الطبيب ؛ لأنه هو الذي وقع عليه الضرر، فيقع على عاتقه إثبات موجب الضمان، ولحوق الضرر به، وثبوت العلاقة بين الخطأ والضرر[(١)]، وإنما كلف المريض بذلك ؛ لأنه مدعي و"جانب المدعي ضعيف؛ لأنه يقول خلاف الظاهر، فكلف الحجة القوية، وهي : البينة؛ لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً، ولا تدفع عنها ضرراً، فيقوى بها ضعف المدعي، وجانب المدعى عليه قوي ؛ لأن الأصل فراغ ذمته، فاكتفي منه باليمين"[(٢)].

المطلب الثالث

أدلة إثبات موجبات المسؤولية الطبية

يُعتمد في إثبات موجبات المسؤولية الطبية على الأدلة المعتبرة شرعاً في الإثبات، وسأذكرها في الفروع التالية

الفرع الأول : الإقرار:

وهو : إخبار الشخص عن ثبوت حق للغير عليه[(٣)].

---

(١) ينظر: إثبات خطأ الممارس الصحي، الغامدي ص٢٨١.

(٢) فتح الباري (٥/ ٢٨٣). وينظر: عمدة القاري (١٣/ ٢٤٨) - إرشاد الساري (٤/ ٢٩٩) - فيض القدير (٣/ ٢٢٥) - سبل السلام (٢/ ٥٨٨) - نيل الأوطار (٨/ ٣٥١) - عون المعبود (٤/ ٤٧٦).

(٣) ينظر: أنيس الفقهاء ص٩١ - تبيين الحقائق (٥/ ٢) - شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٤٣) - شرح الخرشي (٦/ ٨٦) - النظم المستعذب (٢/ ٣٨٣) - نهاية المحتاج (٥/ ٦٤) - المطلع ص٥٠٥ - منتهى الإرادات (٥/ ٣٨٩).

وهو أقوى الأدلة، وأول الحجج الشرعية، ويدل على مشروعيته ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢].

وجه الدلالة: أن الله أمر المدين بالإملال، وهو إملاء الحق الذي عليه للدائن، ونهاه عن كتمانه، والإملاء من المدين إقرار بالدين، والتزام به، فلو لم يكن الإقرار حجة على المقر لما كان للأمر به فائدة[(١)]

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النِّسَاء: ١٣٥].

وجه الدلالة: أن الله أمر بالشهادة على النفس، وهي الإقرار بالحقوق عليها، والأمر للوجوب[(٢)].

الدليل الثالث: أن النبي ﷺ أقام حد الزنا على ماعز بن مالك بإقراره[(٣)]، وأقامه على الغامدية حين اعترفت، وأقرت به[(٤)].

الدليل الرابع: الإجماع على صحة الإقرار واعتباره[(٥)] " وقد حكم

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٣) - الحاوي الكبير (٧/ ٣) - وسائل الإثبات (١/ ٢٤٢).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٣) - الجامع لأحكام القرآن (٧/ ١٧٣).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب لا يرجم المجنون والمجنونة برقم (٦٨١٥)، ومسلم في كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا برقم (١٦٩١). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ١٦٥) - صحيح مسلم (٣/ ١٣١٩).

(٤) أخرجه الإمام مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا برقم (١٦٩٥) (٣/ ١٣٢٣).

(٥) ينظر: الاختيار (٢/ ١٢٧) - تبيين الحقائق (٥/ ٣) - تكملة فتح القدير (٦/ ٢٨١) - حاشية ابن عابدين (٨/ ٩٥) - الإقناع، ابن القطان (٣/ ١٥٤٥) - الذخيرة (٩/ ٢٥٧) - الحاوي (٨/ ٦٣)=

الخلفاء الراشدون بالإقرار في قضاياهم، ولم يزل الحكام يعملون عليه، ويأخذون به "[١]

الدليل الخامس : أن الإقرار شهادة من الإنسان على نفسه، والغالب أنه لا يشهد على نفسه بما يلحق الضرر بها إلا وهو صادق في شهادته[٢].

فإذا أقر الطبيب أنه تعمد الإضرار بالمريض، أو أنه أخطأ في المعالجة، أو كان جاهلاً بمهنة الطب، أو بالأصول العلمية للمهنة الطبية فإنه يكون ضامناً لما ينشأ عن ذلك من ضرر، وما يجب من ضمان وتعويض[٣] ؛ لأن من " أقر من البالغين غير المغلوبين على عقولهم بشيء يلزمه به عقوبة في بدنه من : حد، أو قتل، أو قصاص، أو ضرب، أو قطع لزمه ذلك الإقرار "[٤].

الفرع الثاني: الشهادة :

وهي :إخبار عن أمر حضره الشهود وشاهدوه إما معاينة، أو سماعاً[٥].

وقيل : إخبار الإنسان بما على غيره لغيره[٦].

= - البيان (١٣/ ٤١٧) - جواهر العقود (١/ ٢٠) - أسنى المطالب (٢/ ٢٨٧) - الغرر البهية (٣/ ١٩٦) - تحفة المحتاج (٥/ ٣٥٤) - مغني المحتاج (٣/ ٢٨٦) - الإقناع (٢/ ٣٢٤) - نهاية المحتاج (٥/ ٦٥) - إعانة الطالبين (٣/ ٢٢١) - المغني (٥/ ١٠٩) - الشرح الكبير (٥/ ٢٧١) - شرح الزركشي (٤/ ١٥١) - كشاف القناع (٦/ ٤٥٣).

(١) الحاوي (٧/ ٤).

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية ص٣٣١.

(٣) ينظر: التجارب الطبية ص٥٤٦- إثبات خطأ الممارس الصحي ص٢٩٢.

(٤) الأم (٣/ ٢٣٨).

(٥) ينظر: الاختيار (٢/ ١٣٩).

(٦) ينظر: الشرح الممتع (١٥/ ٣٨٩)

والشهادة حجة شرعية، تثبت بها الحقوق، والمطالبات، وقد دل على مشروعيتها أدلة كثيرة أهمها ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بأداء الشهادة، وإشهاد العدول من الرجال، ونهى عن كتمانها، وذلك شامل لجميع المعاملات، وتوابعها من الشرط والوثائق وغيرها[١].

الدليل الثالث: عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: (شاهداك أو يمينه)[٢].

وجه الدلالة: أن البينة على المدعي، وأن الشهادة من أقوى البينات، وأوثق الحجج التي يثبت بها الحق المدعى به على الغير[٣].

الدليل الرابع: الإجماع على مشروعية الشهادة، وأنها حجة معتبرة تبنى عليها الأحكام[٤].

---

(١) ينظر: جماع البيان، الطبري (٦/ ٦٢/ ١٠١) - تيسير الكريم الرحمن، السعدي ص٩٦٠.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن.... برقم (٢٥١٥)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار برقم (١٣٨) - ينظر: صحيح البخاري (٣/ ١٤٣) - صحيح مسلم (١/ ١٢٣).

(٣) ينظر: فتح الباري (٥/ ١٤٦) - المبدع (٨/ ٢٨١) - نيل الأوطار (٨/ ٣٢٧).

(٤) ينظر: الإجماع، ابن المنذر ص٨٧ - مراتب الإجماع ص٨٩ - الاختيار (٢/ ١٣٩) - الإقناع، ابن القطان(٣/ ١٥٠٤) - البيان، العمراني (١٣/ ٢٦٧) - مغني المحتاج (٦/ ٣٣٩) - الإقناع، الشربيني (٢/ ٦٣٢) - إعانة الطالبين (٤/ ٣١٣) - المغني (١٠/ ١٢٨) - شرح الزركشي (٧/ ٣٠٠) - كشاف القناع (٦/ ٤٠٤).

ومن المسائل المهمة في الشهادة التي لها صلة وثيقة بالعقد الطبي ما يلي :

المسألة الأولى : موجبات تضمين الطبيب المهنية لا تقبل فيها إلَّا شهادة العقلاء، العدول، الثقات من أهل الاختصاص، وهم الأطباء العالمون بمهنة الطب، أياً كانوا، أما عوام الناس من غير أهل الاختصاص فلا مجال لقبول شهادتهم ؛ لأنها لن تكون دقيقة في وصف الخطأ الذي قام به الطبيب، أما موجبات تضمين الطبيب الناتجة عن أخطاء مادية، كإجراء الطبيب جراحة وهو في حالة سكر، أو امتناعه عن المداواة دون مبرر فيمكن لأي إنسان شاهد تصرف الطبيب أن يشهد بما رآه أو سمعه[1].

المسألة الثانية: الأصل في قبول الشهادة أن يكون الشاهد مسلماً لقوله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وغير المسلم ليس بعدل، واشترط سبحانه أن يكون الشهود من المسلمين فقال : ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال سبحانه : ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وغير المسلم ليس بعدل، ولامنا ولا من رجالنا، ولا من المرضيين عندنا[2]، وحيث إن عدداً من الأطباء العاملين في المهن الصحية قد يكونون من غير المسلمين، وقد تكون هناك حاجة إلى شهادتهم لذا فإنه يجوز قبول شهادة الطبيب غير المسلم في مواضع منها : قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض، تحقيقاً للعدالة، ومراعاة للمصلحة العامة، فإن الكفار يتطببون فيما بينهم، ولا يحضرهم أحد من المسلمين غالباً، وقد يقع بينهم تنازع واختلاف، فلو لم تقبل

(١) ينظر: إثبات خطأ الممارس الصحي، الغامدي ص٢٩٣.

(٢) ينظر: الكافي، ابن قدامة (٤/ ٢٧١) - شرح الزركشي (٧/ ٢٦٣) - منار السبيل (٢/ ٤٨٦).

شهادة بعضهم على بعض لأدى ذلك إلى ضياع حقوقهم، وكذلك تقبل شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة والحاجة المنزلة منزلتها، وذلك قياساً على الوصية ؛ لأن شهادتهم قبلت في الوصية للضرورة، فتقبل في كل موضع ضرورة[(١)].

ثالثاً : يختلف نصاب الشهادة باختلاف ما يراد إثباته، فجناية الطبيب الموجبة للقصاص لا ثبت إلا بشهادة رجلين عدلين، ولا تقبل فيها شهادة النساء في قول عامة أهل العلم، وأما جناية الطبيب الموجبة للمال كالخطأ وشبه العمد وعمد الجراح التي توجب المال دون القصاص فتثبت بشهادة رجل وامرأتين، ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وتثبت الجناية الموجبة للمال بشهادة النساء وحدهن إذا كانت مما لا يطلع عليها إلا النساء[(٢)].

---

(١) اختلف الفقهاء في اشتراط الإسلام في الطبيب، فذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يشترط في الطبيب حتى يقبل قوله أن يكون مسلماً،واستدلوا : بقبول شهادة أهل الذمة على المسلمين في الوصية في السفر ؛ لأنه موضع ضرورة، وهذا يقتضي قبول شهادتهم في كل ضرورة، واستدلوا باستئجار رسول الله لعبدالله بن أريقط في الهجرة مع أنه كافر، وبأن الطب يبعد فيه الغدر من الكافر، وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الطبيب حتى يقبل قوله أن يكون مسلماً، واستدلوا : بأن الله اشترط العدالة في الشهود، والكافر ليس بعدل، وبأنَّ الأدلة قد دلت على اشتراط الإسلام في الشهادة عموماً، وشهادة الطبيب إحدى هذه الشهادات، وأن قبول شهادتهم يؤدي إلى إلزام القاضي بها، ولا يجوز إلزام المسلم بشهادة الكافر. ينظر : المبسوط (٩/ ١٢٦) - بدائع الصنائع (٦/ ٢٨١) - تكملة فتح القدير (٦/ ١٢) - الذخيرة (١٠/ ٢٤٠) - التاج والإكليل (٨/ ١٦٢) - المعيار المعرب (١٠/ ١٧) - البيان (١٣/ ٢٢٧) - أسنى المطالب (٤/ ٣٣٩) - مغني المحتاج (٦/ ٣٣٩) -المغني (١٠/ ١٦٤) - مجموع الفتاوى (٨/ ١٧٥) -كشاف القناع (٦/ ٤١٧).

(٢) ينظر : تبيين الحقائق (٤/ ٢٠٨) - العناية (٧/ ٣٧٥) - عقد الجواهر (٣/ ١٠٤٣) - حاشية الصاوي (٤/ ٢٦٤) - الحاوي (١٧/ ٧) - البيان (١٣/ ٣٢٥) - روضة الطالبين (١١/ ٢٥٣) - المغني (١٠/ ١٣٠) - المبدع (٨/ ٣٣١) - الإنصاف (١٢/ ٧٩) - أحكام الشهادات، المنيعي ص٢٢١ وما بعدها.

الفرع الثالث : الخبرة

والخبرة هي : "الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي"(١).

والخبرة الطبية : "المعرفة ببواطن بدن الإنسان بحذق ومهارة"(٢).

والخبير الطبي : "الطبيب المكلف بإجراء الفحوص الطبية بناءً على طلب السلطات القضائية"(٣)

والخبرة الطبية وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية، ويدل على ذلك ما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿فَسْـَٔلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النّحل: ٤٣].

وجه الدلالة : أن الله أمر بالرجوع إلى أهل الذكر وسؤالهم، وهم كل من يذكر بعلم وتحقيق، وأهل الرأي والبصارة، ومتى كان الشيء لا يوقف عليه إلا بأهل الخبرة فيثبت بقولهم ؛ لأنهم في هذا الباب من أهل الذكر فيسألون، وكل شيء يرجع في معرفته إلى من له بُصْر به(٤).

الدليل الثاني : قال تعالى : ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المَائدة: ٩٥].

وجه الدلالة : أن الحكمين في جزاء الصيد من أهل النظر

---

(١) وسائل الإثبات، الزحيلي (٢/ ٥٩٤).

(٢) الخبرة الطبية وأثرها في الإثبات (١/ ٨٢).

(٣) الخبرة الطبية في التشريع الإسلامي، فؤاد الذاكري ص٥٨.

(٤) ينظر: مفاتيح الغيب (٢٠/ ٢١١) - المبسوط (٩/ ١٢٥) - بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٨).

والاجتهاد، ويعتمدان على الشبه، فكل ما يطلع عليه أهل المعرفة والفطنة التامة يؤخذ بقولهم فيه(١)، ومنهم أهل الخبرة بالطب.

الدليل الثالث : أن النبي ﷺ قبل قول الخبير في إلحاق النسب(٢)، واتخذ ﷺ خبيراً ليدله على الطريق وقت الهجرة(٣).

الدليل الرابع : الإجماع، فقد اتفق الفقهاء على جواز القضاء بقول أهل المعرفة والخبرة فيما يختصون بمعرفته إذا كانوا حذاقاً مهرة(٤).

وعلى القاضي أن يستعين بأكثر من خبير طبي ؛ ليكون التقرير أوثق وأحوط، وقد اتفق الفقهاء على أن الأخذ بقول طبيبين أحوط من الأخذ بقول طبيب واحد، وأنه يجوز الاعتماد على قول الخبير الواحد عند الحاجة إليه، وعدم وجود غيره(٥).

---

(١) ينظر: مفاتيح الغيب، الرازي (١٢/ ٤٣٣) - أضواء البيان (١/ ٤٤٣) - التحرير والتنوير (٢٠/ ٦٧).

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب القائف برقم (٦٧٧٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد برقم (١٤٥٩) عن عائشة ﵂ قالت: إن رسول الله ﷺ دخل علي مسرورا، تبرق أسارير وجهه، فقال: (ألم تري أن مجززاً نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض. ينظر: صحيح البخاري (٨/ ١٥٧) - صحيح مسلم (٢/ ١٠٨١).

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ص٢٣٦.

(٤) نقل الإجماع ابن أبي الدم في كتابه أدب القضاء،وعليه جمهور الفقهاء. ينظر: المبسوط (٩/ ١٢٥) - بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٨) - معين الحكام ص١٣٠ - المنتقى (٤/ ١٩٣) - تبصرة الحكام (٢/ ٨٤)- منح الجليل (٥/ ٢٠٨) - البيان (٨/ ١٩٠) -كتاب أدب القضاء ص٣٤٠- مغني المحتاج (٤/ ٨٣) - المغني (٦/ ٢٠٣) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٦) - شرح المنتهى (٢/ ٣٩٥) - الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٤٨) - الفقه الإسلامي وأدلته (٦/ ٧٨٤) - التداوي والمسؤولية الطبية ص٢٨٩ - الدعوى القضائية، الدقيلان ص٥١٥.

(٥) اختلف الفقهاء في اشتراط العدد من الخبراء، فذهب الحنفية في قول عندهم والمالكية في المشهور عنهم وقول عند الشافعية، والحنابلة في حال الضرورة إلى الاكتفاء بقول طبيب واحد، واحتجوا: بأن قول الطبيب خبر لا شهادة، وذهب جمهور الحنفية وقول عند المالكية =

الفرع الرابع : القرائن :

القرينة : كل أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً فيدل عليه[(١)].

والقرائن من الحجج الشرعية في الإثبات، ويدل على ذلك ما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًاۖ فَصَبْرٌ جَمِيلٌۖ وَٱللَّهُ ٱلْمُسْتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ﴾ [يوسف: ١٨].

وجه الدلالة : الحكم بالقرينة الدالة على صدق أحد الخصمين، وكذب الآخر ؛ فقد اعتمد يعقوب عليه السلام على القرائن في إثبات براءة يوسف عليه السلام، مما يدل على أن الحكم بها حق وصدق[(٢)].

الدليل الثاني : أن النبي ﷺ اعتمد على القرائن، وكذلك الصحابة رضي الله عنهم، ومن ذلك ما يلي :

أ - حكم ﷺ بكذب بعض اليهود في نفاد مالهم بناءً على قرينتي : قرب العهد، وكثرة المال[(٣)].

= والشافعية و هو مذهب الحنابلة عند عدم الضرورة إلى أنه لا بد من طبيبين، واحتجوا: بأن قول الطبيب شهادة لا خبر، وأن قول الاثنين أحوط وأقرب إلى العدالة، وأبعد عن التهمة، وهذا الخلاف في العدد مبني على الاختلاف في قول الطبيب هل هو خبر أم شهادة. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٨-٢٧٩) - تبيين الحقائق (٦/ ١٣٠) - البحر الرائق (٦/ ٦٦) - المنتقى (٤/ ١٩٣) - الذخيرة (١٠/ ٢٤٠، ٢٥٨) - منح الجليل (٥/ ٢٠٨) - روضة الطالبين (١/ ١٠٣) (٦/ ١٢٩) - أسنى المطالب (٣/ ٣٨) - حاشية البجيرمي (٣/ ٣٧٥) - المغني (١٠/ ٢٤١) - الطرق الحكمية ص٣٣٢ - شرح الزركشي (٧/ ٣٩٦) - الإنصاف (١٢/ ٨١) - شرح المنتهى (٣/ ٦٠٢) - الخبرة الطبية وأثرها في الإثبات (١/ ١٨٩-٢٠٢، ٢٢٦-٢٣٠).

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (٢/ ٩٣٦) - القضاء بالقرائن المعاصرة، العجلان (١/ ١١٠).

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٩/ ١٤٩) - أضواء البيان (٢/ ٢١٥).

(٣) وذلك في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن اليهود غيبوا مسكاً فيه مال، وحلياً لحيي بن أخطب كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير، فقال رسول الله ﷺ لعم حيي: (ما فعل مسك حيي =

ب - اعتمد الصحابة رضي الله عنهم على القرائن في إقامة الحدود[١]، مما يدل على الاعتماد على شواهد الحال، والأمارات الظاهرة[٢].

الدليل الثالث: الإجماع على الأخذ بالقرائن القطعية[٣].

وهذه القرائن والأمارات يستنتجها القاضي من الحادثة وما يكتنفها من ظروف وأحوال بإعمال فكره، وهي تتفاوت قوة وضعفاً، فما كان منها قوياً مقطوعاً به فهو حجة يعمل به، والأدلة السابقة تثبت ذلك وتؤكده، وما كان منها ضعيفاً أو متوهماً فلا يُصَار إليه ولا يُعَوَّل عليه[٤].

الفرع الخامس: الملفات الطبية، والمستندات الخطية.

ويقصد بها: التقارير المكتوبة من قبل الأطباء ومساعديهم، وما يكتبه المريض من إقرار يثبت موافقته وإذنه للطبيب بإجراء العمل

= الذي جاء به من النضير؟) فقال: أذهبته النفقات والحروب، فقال: (العهد قريب، والمال أكثر من ذلك)، فدفعه رسول الله ﷺ إلى الزبير فمسه بعذاب، وقد كان حيي قبل ذلك دخل خربة فقال: (قد رأيت حيياً يطوف في خربة ههنا)، فذهبوا وطافوا فوجدوا المسك في الخربة... وهذا الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه برقم (٥١٩٩)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٨٨٥١) وقال عنه ابن حجر: أخرجه البيهقي بإسناد رجاله ثقات. ينظر: صحيح ابن حبان (١١/ ٦٠٧) - السنن الكبرى، البيهقي (٩/ ١٣٧) - جامع الأصول (٢/ ٦٤٢) - فتح الباري (٧/ ٤٧٩).

(١) وذلك في حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال عمر: (لقد خشيت أن يطول بالناس زمان، حتى يقول قائل: لا نجد الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن، إذا قامت البينة، أو كان الحبل أو الاعتراف). أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب رجم الحبلى من الزنا... برقم (٦٨٢٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب رجم الثيب في الزنا برقم (١٦٩١). ينظر: صحيح البخاري (٨/ ١٦٨) - صحيح مسلم (٣/ ١٧٣).

(٢) الطرق الحكمية ص١١.

(٣) ينظر: معين الحكام ص١٦٦ - تبصرة الحكام (٢/ ١٢١).

(٤) ينظر: إثبات خطأ الممارس الصحي، الغامدي ص٣٠٥ - ٣٠٧.

الطبي[١].

وقيل: سجل المريض الطبي، الورقي، أو الالكتروني الذي يدون فيه الأطباء ومساعدوهم كل ما يتعلق بالمريض من: البيانات، والتقارير، والقرارات الطبية، ونحوها[٢].

والمستندات الخطية والملفات الطبية نوع من أنواع الكتابة، والكتابة وسيلة لإثبات الحقوق، وتوثيقها، ويدل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بكتابة الدين: وجوباً، أو استحباباً؛ لأنه يحصل بترك الكتابة من الغلط والنسيان، والمشاجرة شر عظيم[٣]، فدلَّ على جواز الاعتماد عليها، والاحتجاج بها عند التقاضي، والاستناد إليها في الحكم[٤].

الدليل الثاني: عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (ما حق امريء مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلَّا ووصيته مكتوبة عنده)[٥].

---

(١) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٢٩٦ - أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٣٤.
(٢) ينظر: إثبات خطأ الممارس الصحي، الغامدي ص٣٠٤.
(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٢) - تيسير الكريم الرحمن، السعدي ص١١٨
(٤) ينظر: وسائل الإثبات، الزحيلي (٢/ ٤٢٦).
(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوصايا برقم (٢٧٣٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب الوصية برقم (١٦٢٧). ينظر: صحيح البخاري (٤/ ٢) - صحيح مسلم (٣/ ١٢٤٩).

وجه الدلالة : جواز الاعتماد على الكتابة والخط، ولو لم يقترن ذلك بالشهادة ؛ فلو لم يجز الاعتماد على الخط لم تكن لكتابة الوصية فائدة[١].

والمستندات الخطية تعتبر حجة متى كانت مقيدة بسجلات المستشفى ؛ لأن المقصود من تسجيلها الرجوع إليها عند الحاجة، ولا تعتبر حجة متى كانت عند المرضى وأنكرها الأطباء أو ادعوا تزويرها، ويرجع الفصل في ذلك كله للقاضي[٢].

(١) ينظر: فتح الباري (٥/ ٣٩٥) - الطرق الحكمية ص٣٠١.

(٢) ينظر: أحكام الجراحة الطبية، الشنقيطي ص٣٣٤.

المبحث السابع
الآثار المترتبة على إثبات موجبات الضمان في العقد الطبي

يترتب على إثبات موجبات ضمان الطبيب في العقد الطبي عدد من الآثار، وسأذكرها في المطالب التالية :

المطلب الأول

القصاص : والقصاص يثبت في حق الطبيب في الصور التالية :

الصورة الأولى: إذا قصد الطبيب عملاً طبياً من شأنه إحداث الموت عامداً عالماً به وبنتائجه، ويعرف ذلك باستعمال الطبيب ما يقتل غالباً كالجراحة الخطرة، وترك ربط العرق النازف، وسقي الدواء القاتل[(١)]

والدليل : أن "العمد هو القصد، وهو فعل القلب لا يوقف عليه؛ إذ هو أمر مبطن، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه؛ تيسيرا ؛كما أقيم السفر مقام المشقة"[(٢)].

جاء في منح الجليل : " إن تعمد الطبيب والخاتن والمعلم قتلاً أو قطعاً أو جرحاً بغير حق ولا شبهة فعليه القود"[(٣)]. ويدخل في ذلك مخالفة الطبيب عمداً للأصول العلمية للمهنة الطبية.

---

(١) ينظر : التجارب الطبية ص٥٧٧-٥٧٨.

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ٩٨).

(٣) منح الجليل (٩/ ٤٤).

الصورة الثانية : إذا كان الطبيب جاهلاً بالطب، فإنه يجب عليه القصاص عند بعض فقهاء المالكية[١]، والشافعية[٢] ؛ لأنه تهور بإقدامه على ما يقتل بغير علم ولا معرفة[٣]، وهجم بجهله على إتلاف النفوس المحترمة[٤].

الصورة الثالثة : إذا لم يأذن المريض للطبيب فيما يُخاف منه الموت كالجرح المهلك ؛ لأن القطع المخطر تعد من الطبيب على المريض، لا يجوز له فعله، وبهذا قال فقهاء الشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

الصورة الرابعة :إذا غرر الطبيب المريض على وجه العمد فإنه يجب عليه القصاص[٧].

الصورة الخامسة : امتناع الطبيب عن علاج المريض المضطر وتركه حتى يموت[٨].

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٣٥٦). (٢) ينظر: النجم الوهاج (٩/ ٢٦٨).

(٣) ينظر: التيسير شرح الجامع الصغير (٢/ ٤١٠).

(٤) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٢٧).

(٥) ينظر: المهذب (٣/ ٣٧٥) - نهاية المطلب (١٧/ ٣٥٣) - روضة الطالبين (١٠/ ١٧٩) - أسنى المطالب (٤/ ١٦٤)

(٦) ينظر: الشرح الكبير (٩/ ٤٢١) - المبدع (٧/ ١٩٢) - الإنصاف (٩/ ٤٣٥) - شرح المنتهى، البهوتي (٣/ ٢٥٤).

(٧) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٣١٧.

(٨) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا قصاص على الممتنع من إنقاذ غيره ؛ لأن القصاص إنما يجب على المباشر أو المتسبب، والممتنع لم يباشر ولم يتسبب، وحكي عن مالك رحمه الله، وهو قول عند الشافعية، وإليه ذهب ابن حزم رحمه الله أن عليه القصاص ؛ لأن الامتناع عن إنقاذ الغير يعد ضرباً من القتل العمد، ولا دية عليه عند الحنفية والشافعية والحنابلة ؛ واستدلوا على ذلك بما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢٧٨٩٩) (٥/ ٤٥٢) عن حفص بن غياث عن أشعث عن الحسن البصري أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات، فضمنهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه ديته، ولأن الدية إنما تجب على المباشر أو المتسبب، والممتنع لم يباشر ولم يتسبب، ولأن الامتناع من قبيل =

المطلب الثاني

الديـــة

والدية تجب على الطبيب في مقابل ما نشأ عن فعله الضار في الأحوال التالية :

الحالة الأولى: قتل العمد العدوان إذا اختار أولياء الدم الدية، وتكون في مال الجاني لما يلي :

أولاً : ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : (لا تعقل العاقلة عمداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما جنى المملوك)(١).

ثانياً : الإجماع حكاه ابن المنذر رحمه الله بقوله : " أجمعوا على أن العاقلة لا تحمل دية العمد"(٢).

وقال ابن قدامة: " أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة"(٣).

= شبه العمد أو الخطأ، وذهب المالكية، والحنابلة في قول، وابن حزم رحمه الله إلى وجوب الدية عليه ؛ لأن الممتنع تسبب في قتله، وفرط في عدم إنقاذه فوجبت عليه ديته. ينظر: المبسوط (٢٦/ ٢٧٩) - بدائع الصنائع (٧/ ٢٣٤) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٤٣) - إرشاد السالك، ابن عسكر ص١٠٢ - التاج والإكليل (٨/ ٣٠٤) - حاشية الدسوقي (٢/ ١١١) - الحاوي الكبير (١٥/ ١٧٣) - روضة الطالبين (٣/ ٢٨٥) - مغني المحتاج (٥/ ٢١٥) - المغني (٨/ ٤٣٣) - الإنصاف (١٠/ ٥١) - كشاف القناع (٦/ ١٥) - الامتناع عن إسعاف المريض، محمد بشير، (٤/ ٣٦٥٢)- الامتناع عن إسعاف المريض السماعيل (٤/ ٣٧٦٨- ٣٧٧٥) - حكم الامتناع عن إسعاف المريض، فيصل بلعمش (٤/ ٣٦٩٥- ٣٧٠٠) - امتناع الطبيب عن العلاج، الموسى (٤/ ٣٨١٣- ٣٨٢١).

(١) هذا الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى برقم (١٦٧٩٦)، وحسنه الألباني. ينظر: السنن الكبرى، البيهقي (٨/ ١٠٤) - إرواء الغليل (٧/ ٣٣٦).

(٢) الإجماع، ابن المنذر ص١٧٢.

(٣) المغني (٨/ ٣٧٣).

الحالة الثانية : خطأ الطبيب، فخطأ الطبيب مضمون بالدية :

ولكن إذا أخطأ الطبيب فهل يكون ضمان خطئه على عاقلته أم في ماله خاصة :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن ضمان خطأ الطبيب يكون في ماله، ولا تتحمله العاقلة، وقد روي هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما[١]، وبه قال بعض فقهاء المالكية[٢].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول : ما ورد " أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضَمَّن رجلاً كان يختن الصبيان، فقطع من ذكر الصبى، فَضَمَّنه "[٣].

ونوقش : بأنه ورد عن عمر رضي الله عنه خلاف هذا فقد جاء عنه : " أن ختَّانة بالمدينة ختنت جارية فماتت، فقال لها عمر : ألا أبقيت كذا، وجعل ديتها على عاقلتها "[٤]والعمل بهذا الأثر أولى لموافقته القياس، وهو تحمل العاقلة للخطأ[٥].

ويمكن أن يجاب : بأن هذا الأثر مرسل كما تبين في تخريجه.

الدليل الثاني : ما ورد أن امرأة خفضت[٦] جارية فأعنتتها فماتت،

---

(١) ينظر : الاستذكار (٨/ ٦٢).

(٢) ينظر : الاستذكار (٨/ ٦٣) - شرح الخرشي (٨/ ١١١) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢٨).

(٣) هذا الأثر سبق تخريجه ص٧١٧.

(٤) هذا الأثر سبق تخريجه ص٤٤٥.

(٥) ينظر: تضمين الطبيب، المشيقح ص٧١٧.

(٦) من الخفض، والخفض للنساء كالختان للرجال. وقد يقال للخاتن خافض وليس بالكثير. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٢ / ١٢٩).

فضمنها عليٌّ الدية[١].

ونوقش: بأن هذا الأثر ضعيف.

الدليل الثالث : ما روي أن علياً رضي الله عنه خطب الناس فقال: (يا معشر الأطباء البياطرة والمتطببين من عالج منكم إنساناً أو دابة فليأخذ لنفسه البراءة، فإنه كان عالج شيئاً، ولم يأخذ لنفسه البراءة فعطب فهو ضامن)[٢].

الدليل الرابع : أن الطبيب متعمد للضرر، إلَّا أنه من باب العمد الذي لا قصاص فيه، فتجب الدية في ماله[٣].

ونوقش : بأنه لا يُسَلَّم أنه تعمد الضرر، بل هو قاصد للإصلاح، ولو تعمد الضرر لاقتص منه[٤].

القول الثاني : أن ضمان خطأ الطبيب يكون على العاقلة إذا كان فوق الثلث، وبه قال جماهير الفقهاء من الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والشافعية[٧]،

---

(١) هذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم (٢٨١٦٨)، وهو أثر ضعيف في إسناده سعيد بن يوسف الرحبي ضعفه ابن معين والنسائي، وغيرهما. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٩/ ٣٢٢) - ميزان الاعتدال (٣/ ٢٣٨).

(٢) هذا الأثر سبق تخريجه ص٤٤٥.

(٣) ينظر: شرح الخرشي على خليل (٨/ ١١١).

(٤) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٥٩٥.

(٥) ينظر: معين الحكام ص٢٠٣ - مجمع الضمانات ص٨٧ - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٨، ٦٩، ٦٢٤).

(٦) ينظر: المنتقى (٤/ ١٩٣) - الذخيرة (١٢/ ٢٥٧) - شرح الخرشي (٨/ ١١١) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢٨).

(٧) ينظر: الأم (٦/ ٦٠ -٦١) - شرح السنة (١٠ / ٣٤١)- نهاية المحتاج (٨ / ٣٥) - حاشية الجمل (٥/ ١٧٣)

والحنابلة[١]، وحكي الإجماع عليه[٢].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

الدليل الأول : الأحاديث الدالة على ضمان الطبيب إذا أخطأ ومنها حديث عمرو بن شعيب (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[٣]، وهذا من قبيل الخطأ، وقد أجمعوا أن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يرده وأراد غيره وفعل الخاتن والطبيب في هذا المعنى[٤].

الدليل الثاني: ورد عن عمر رضي الله عنه: " أن ختانة بالمدينة ختنت جارية فماتت، فقال لها عمر : ألا أبقيت كذا، وجعل ديتها على عاقلتها "[٥].

ونوقش : بأن هذا الأثر مرسل، وضعيف.

الدليل الثالث : الإجماع، حكاه ابن المنذر رحمه الله فقال : (وأجمعوا أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر أو الحشفة أو بعضها فعليه ما أخطأ به يعقله عنه العاقلة)[٦].

الترجيح : يترجح لدي القول الثاني القائل بأن دية خطأ الطبيب تكون على عاقلته، لدخول ذلك في عموم مسمى الخطأ، ولورود الإجماع عليه، ولموافقته القياس .

---

(١) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٢٨) - الآداب الشرعية (٢/ ٤٣٩) - شرح الزركشي (٢/ ١٨٨)- شرح منتهى الإرادات (٢ / ٢٧٠).

(٢) الإجماع، ابن المنذر ص١٧١.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٧٠.

(٤) ينظر: الاستذكار (٨/ ٦٢).

(٥) هذا الأثر سبق تخريجه ص٨٠٩.

(٦) الإجماع، ابن المنذر ص١٧١.

الحالة الثالثة : قيام الطبيب الجاهل بالعمل الطبي.

اختلف الفقهاء في الدية هل تكون على عاقلته أم في ماله على قولين :

القول الأول : أن الضمان يكون على عاقلته، وبهذا قال بعض المالكية(١)، والشافعية(٢).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

أن فعل الطبيب الجاهل يعد من باب الخطأ لا العمد، فهو قصد نفع المريض، أو رجا ذلك، والخطأ تحمله العاقلة(٣).

ونوقش: بأن الطبيب هجم على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه(٤) فلزمه الضمان في ماله عقوبة له.

القول الثاني : أن الدية تكون في ماله، وهذا القول ظاهر قول الإمام مالك(٥)، وقول في مذهب الشافعية(٦)، وهو الظاهر من إطلاق الحنفية(٧)، والحنابلة(٨).

---

(١) ينظر: البيان والتحصيل (٩/ ٣٤٩) - المعيار المعرب (٢/ ٢٩٥) - شرح الخرشي (٨/ ١١١).
(٢) ينظر: شرح السنة (١٠/ ٣٤١) - حواشي التحفة (٩/ ١٩٧) - نهاية المحتاج (٨/ ٣٥).
(٣) ينظر: البيان والتحصيل (٩/ ٣٤٩) - شرح الخرشي (٨/ ١١١).
(٤) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٢٧).
(٥) ينظر: البيان والتحصيل (١٦/ ٦٩) - تبصرة الحكام (٢/ ٣٣٥) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢٨، ٣٥٥).
(٦) ينظر: روضة الطالبين (٧/ ٣٩١) - حاشية الشبراملسي (٥/ ٢٩٧) - حاشية البجيرمي على المنهج (٤/ ١٤٠).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٧) - معين الحكام ص٢٠٤ - حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٦٧).
(٨) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٢٧) - شرح الزركشي (٤/ ٢٤٩) - كشاف القناع (٤/ ٣٥).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

الدليل الأول : عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : (من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن)[١].

وجه الدلالة : أن قوله (فهو ضامن) دليل على وجوب الضمان على الطبيب الجاهل في ماله[٢].

الدليل الثاني : أن الطبيب الجاهل لا يحل له مباشرة المداوة بما هو مستقر طبياً، فإذا فعل فقد أتى فعلاً محرماً عمداً، فكان عليه ضمانه، والعاقلة لا تحمل العمد[٣].

الدليل الثالث : أنه قد هجم على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه[٤] فلزمه الضمان في ماله عقوبة له.

الترجيح : الذي يترجح من القولين هو القول الثاني، وأن ضمان الطبيب الجاهل في ماله ؛ لما في ذلك من المصالح المترتبة، من كف يد العابثين، وردع المستخفين بالأرواح، والمتساهلين في الأنفس.

الحالة الرابعة : إذا غرر الطبيب المريض على وجه الخطأ فإن الدية واجبة عليه، وتكون على عاقلته[٥].

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٧٠.

(٢) ينظر: التجارب الطبية، العثمان ص٥٩٧.

(٣) ينظر: البيان والتحصيل (٩/ ٣٤٩) - حاشية الدسوقي (٤/ ٢٨، ٣٥٥) - كشاف القناع (٤/ ٣٥).

(٤) ينظر: زاد المعاد (٤/ ١٢٧).

(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٣١٧.

المطلب الثالث

التعـزيـر[(١)]

وقد أشار الفقهاء إلى جواز تعزير المتطبب، وغير المأذون له، ونحوهم.

جاء في الأحكام السلطانية قوله: " وإذا وجب القود في نفس أو طرف لم يكن لوليه أن ينفرد باستيفائه إلا بإذن السلطان..... فإذا انفرد ولي القود باستيفائه من نفس أو طرف، ولم يتعد، عزره السلطان، لافتئاته عليه"[(٢)].

وقال شيخ الإسلام رحمه الله: " إن مثوبة بني آدم على أداء الواجبات أعظم من مثوبتهم على ترك المحرمات، وأن عقوبتهم على ترك الواجبات أعظم من عقوبتهم على فعل المحرمات"[(٣)].

وقال: " أجمع العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، والمعاصي فرعان: ترك واجب وفعل محرم، فمن ترك أداء الواجب مع القدرة عليه فهو عاص، مستحق للعقوبة والتعزير"[(٤)]

وجاء في تبصرة الحكام: " وهل يؤدب من لم يؤذن له؟ فيه نظر"[(٥)].

وقد نص الفقهاء على جملة من التعزيرات الواجبة في حق من تعاطى علم الطب دون اكتمال أهليته فيه، ومنها ما يلي:

---

(١) التعزير: عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله تعالى أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة. ينظر: أنيس الفقهاء ص٦٢ - تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٢٨ - المطلع ص٤٥٧ - التعزير، عبدالعزيز عامر ص٥٢.

(٢) الأحكام السلطانية، أبو يعلى ص٢٧٩.

(٣) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٨٥).

(٤) المصدر السابق (٣٠/ ٣٩).

(٥) تبصرة الحكام (٢/ ٣٤٠).

الأمر الأول : السجن والجلد :

وقد أشار إلى ذلك بعض فقهاء المالكية فقال ابن فرحون في تبصرة الحكام عند كلامه عن الخاتن الذي لا يعرف بالختن والإصابة فيه - ومثله الطبيب الجاهل - : " عليه من الإمام العدل العقوبة الموجعة بضرب ظهره وإطالة سجنه "[(١)].

وفي التاج والإكليل : " ويضرب مائة ويحبس عاما "[(٢)].

الأمر الثاني : الحجر عليه :

وقد ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية[(٣)]، واستندوا في ذلك إلى أن في الحجر عليه منفعة تعود إلى عامة المسلمين، وإعمالاً للقاعدة الفقهية (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) .

وليس المراد هنا : حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف، وإنما المراد المنع الحسي للطبيب من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بدليل أن الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر عليه نفذ بيعه[(٤)].

الأمر الثالث : عدم استحقاقه للعوض:

المتطبب الذي يدعي معرفة الطب قد جعل المريض يتعاقد معه ظاناً أنه طبيب، وهذا يعد تغريراً بالمريض لذلك فالعقد باطل[(٥)]، وإلى ذلك

(١) تبصرة الحكام (٢/ ٣٢٨).
(٢) التاج والإكليل (٦/ ٢٣٥).
(٣) ينظر: المحيط البرهاني (٢/ ٥٨٨) - درر الحكام (٢/ ٦٠٣).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٦٩).
(٥) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٣١٠.

أشار في فتح المعين بقوله : " أما غير الماهر فلا يستحق أجرةً، ويرجع عليه بثمن الأدوية لتقصيره بمباشرته بما ليس له بأهل "[١].

وكذلك الطبيب حين يعالج المريض بغير إذن فإنه لا يملك مصدراً لإثبات استحقاقه للأجر[٢].

وجاء في التاج والإكليل قوله : " ولا جعل له "[٣].

(١) فتح المعين (٣/ ١٢٢).

(٢) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية، المبارك ص٣١٤.

(٣) المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

الباب الرابع

انحلال العقد الطبي

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : المراد بالانحلال، والألفاظ ذات الصلة به، والأساس الشرعي لانحلال العقود.

الفصل الثاني : أسباب انحلال العقد الطبي.

الفصل الثالث : أنواع انحلال العقد الطبي، وشروطه، وآثاره، وكيفية إنهائه.

الفصل الأول

المراد بالانحلال، والألفاظ ذات الصلة به،والأساس الشرعي لانحلال العقود

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الانحلال في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالانحلال.

المبحث الثالث: الأساس الشرعي لانحلال العقود.

المبحث الرابع : طبيعة العقد الطبي، والمراد بانحلاله.

"مثوبة بني آدم على أداء الواجبات أعظم من مثوبتهم على ترك المحرمات، وعقوبتهم على ترك الواجبات أعظم من عقوبتهم على فعل المحرمات".

مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٠/٨٥).

المبحث الأول

تعريف الانحلال في اللغة والاصطلاح

الانحلال في اللغة :

مصدر انحل، قال ابن فارس : " الحاء واللام له فروع كثيرة ومسائل، وأصلها كلها عندي : فتح الشيء، لا يشذ عنه شيء "(١). يقال : حل العقدة : فتحها، ونقضها، وحلَّ بالمكان : نزل به، وحلَّ العذاب : وجب، وحلَّ من إحرامه : خرج منه، وحلت المرأة : خرجت من عدتها، وحليل المرأة : بعلها، وحليلة المرء : زوجه، وسميا بذلك ؛ لأن كل واحد منهما يحل عند صاحبه(٢).

الانحلال في الاصطلاح :

عرف الانحلال في الاصطلاح بعدد من التعاريف المتقاربة أبرزها ما يلي :

التعريف الأول : "انقضاء رابطة قانونية بحلول سبب من أسباب انقضائها "(٣).

التعريف الثاني : " زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد "(٤).

---

(١) مقاييس اللغة (٢/ ١٥).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ١٥) - المحكم والمحيط الأعظم (٢/ ٥٢٥- ٥٣٢) - لسان العرب (١١/ ١٦٣- ١٧٣) - القاموس المحيط ص٤١١ - ٤١٣ - المعجم الوسيط (١/ ١٩٤).

(٣) معجم المصطلحات القانونية، كرم ص٧٥.

(٤) المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٥٩٣).

والتعريفان متقاربان، وإن كان الثاني أوضح في الدلالة على المراد ؛ ذلك أنه لما كان العقد عبارة عن " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه "[١]، فإن انحلال العقد يعني زوال تلك الرابطة، وهو يدل على أن الانحلال لا يكون إلَّا بعد سبق الانعقاد[٢].

وقد عبرت بالانحلال ؛ لأنه أعم وأشمل، فهو يشمل الفسخ، والانفساخ، فانحلال العقد الطبي وغيره يكون بأحد أمرين :

الأمر الأول : بإرادة العاقدين، أو أحدهما، ويسمى في اصطلاح عدد من الفقهاء فسخاً.

الأمر الثاني : بسبب خارج عن الإرادة، ويسمى انفساخاً[٣].

---

(١) مرشد الحيران ص٢٧.

(٢) ينظر: أسباب انحلال العقد المالية، العايد ص٤٣ - أسباب انحلال العقود غير المالية، اليوسف (١/ ٣٦-٣٧).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٥٩٣) - الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٢٠٢) - نظرية الفسخ، حوران سليمان ص٥٧ - ٥٨ - انفساخ العقد في الفقه الإسلامي، منار الصدر ص٢٨.

المبحث الثاني
الألفاظ ذات الصلة بالانحلال

هناك عدد من الألفاظ ذات الصلة بالانحلال، ومنها ما يلي:

اللفظ الأول: الفسخ:

والفسخ في اللغة: مصدر الفعل فسخ، قال ابن فارس: " الفاء والسين والخاء كلمة تدل على نقض شيء، يقال: تفسخ الشيء: انتقض، ويقولون: أفسخت الشيء: نسيته، ويقولون: الفسيخ: الرجل لا يظفر بحاجته"(١). فمعاني الفسخ تدور على النقض، والإزالة، والتفريق(٢).

والفسخ في الاصطلاح: عرف بعدد من التعاريف تدور في مجملها على أن الفسخ: قيام طرفي العقد بحل ارتباط العقد، ورفعه(٣).

وقيل: " قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه"(٤).

وقيل: " رفع العقد على وصف كان قبله بلا زيادة ولا نقصان"(٥).

---

(١) مقاييس اللغة (٤/ ٤٠١).
(٢) ينظر: المحكم (٥/ ٨٦ - ٨٧) - لسان العرب (٣/ ٤٤) - المصباح المنير (٢/ ٤٧٢) - تاج العروس (٧/ ٣١٩).
(٣) ينظر: المبسوط (٢٩/ ١٠٤) - تبيين الحقائق (٤/ ١٩٧) - أشباه ابن نجيم ص٣٣٨ - روضة الطالبين (٧/ ٢٩٣) - المنثور (٢/ ٣٠٤) - أشباه السيوطي ص٢٨٧ - المبدع (٤/ ٨٨) - الإنصاف (٤/ ٤٨).
(٤) الفروق، القرافي (٣/ ٤٤٣) - المنثور، الزركشي (٣/ ٤٢).
(٥) كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٢٧٣) - التعريفات الفقهية، البركتي ص١٦٤.

وأقربها التعريف الأول ؛ لشموله، ووضوحه، ولأن التعريف الثاني تدخل فيه الإقالة،وهل محل خلاف.

العلاقة بين الانحلال والفسخ : الانحلال أعم وأشمل من لفظ الفسخ، فإن الفسخ إحدى صور الانحلال ؛ ذلك أن انحلال العقد إذا كان بإرادة العاقدين، أو أحدهما سمي فسخاً[(١)].

اللفظ الثاني : الانفساخ :

الانفساخ في اللغة والاصطلاح : لا يخرج عن معنى الفسخ.

وعرفه بعض الفقهاء بتعريفات مقاربة للفسخ منها ما يلي:

التعريف الأول : انقلاب كل واحد من العوضين إلى دافعه[(٢)].

التعريف الثاني : "انقلاب الملكين إلى باذليهما"[(٣)].

التعريف الثالث : انحلال ارتباط العقد، وذلك إما أن يكون بنفس العقد، وإما بإرادة العاقدين، وإما بإرادة أحدهما[(٤)]، وهذا التعريف أقرب التعريفات ؛ لوضوحه، وعمومه.

العلاقة بين الانحلال والانفساخ :

الانحلال أعم وأشمل من لفظ الانفساخ، فالانفساخ صورة من صور الانحلال ؛ ذلك أن انحلال العقد إذا كان بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين سمي انفساخاً[(٥)].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٥٩٣) - الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٢٠٢) - نظرية الفسخ، حوران سليمان ص٥٧ - ٥٨ – انفساخ العقد، منار ص٢٨.

(٢) ينظر: الفروق (٣/ ٤٤٣) - المنثور (٣/ ٤٢).

(٣) قواعد الأحكام (٢/ ٨١). وينظر: المنثور (١/ ١٧٨).

(٤) ينظر: انفساخ العقد، منار ص٣١.

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٥٩٣) - الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٢٠٢) - نظرية الفسخ، حوران ص٥٧ - ٥٨ – انفساخ العقد، منار ص٢٨.

وأما العلاقة بين الفسخ والانفساخ : فإن الفسخ ينشأ بإرادة المتعاقدين، والانفساخ ينشأ بسبب جبري خارج عن إرادة المتعاقدين، ولكن قد ينشأ الانفساخ بإرادة المتعاقدين، وعندها تكون العلاقة بينه وبين الفسخ علاقة السبب بالمسبب، فيكون الانفساخ أثراً للفسخ ونتيجة له[(١)]، وهذا ما أشار إليه القرافي بقوله : " فالفسخ: قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والانفساخ: انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة، والثاني صفة العوضين،فالأول سبب شرعي، والثاني حكم شرعي،... فالأول من جهة الموصوفات، والثاني من جهة الأسباب والمسببات"[(٢)]

اللفظ الثالث : الانتهاء :

والانتهاء في اللغة : مصدر الفعل نهي، قال ابن فارس : " النون والهاء والياء: أصل صحيح،يدل على غاية وبلوغ، ومنه أنهيت إليه الخبر : بَلَّغتُه إياه، ونهاية كل شيء : غايته"[(٣)].

فالانتهاء : بلوغ النهاية، ونهاية الشيء : أقصاه، ونهاية الدار : حدودها، وهي أقاصيها، وأواخرها، ونهاية الأمر : أقصى ما يمكن أن يبلغه[(٤)].

والانتهاء في الاصطلاح : لا يخرج عن المعنى اللغوي.

وانتهاء العقد : بلوغه غايته، وهذا يكون بأحد أمرين : تمام المعقود عليه، أو انقضاء مدة العقد، كما هو الحال في عقود

---

(١) ينظر: نظرية الفسخ، حوران ص٥٦ - ٥٨ - انفساخ العقد، منار ص٣٩ - ٤٢.
(٢) الفروق (٣/ ٤٤٣).
(٣) مقاييس اللغة (٥/ ٢٨٧).
(٤) ينظر: لسان العرب (١٥/ ٣٤٣) - المصباح المنير (٢/ ٦٢٩) - تاج العروس (٤٠/ ١٥١).

الإجارة،والجعالة، والوكالة، ونحوها[١].

العلاقة بين انحلال العقد وانتهائه :

يعبر بعض الفقهاء عن انحلال العقد بانتهائه، خاصة في العقود الزمنية كالإجارة، والجعالة، ونحوها[٢]

وبعض الفقهاء يفرق بين انحلال العقد وانتهائه من وجهين :

الوجه الأول : أن الانحلال يستعمل في جميع العقود، أما الانتهاء فلا يستعمل إلَّا في عقود المدة كالإجارة

الوجه الثاني : أن الانحلال يحدث بعد انعقاد العقد، أو قبل أن يتم تنفيذه، أما الانتهاء فلا يحدث إلَّا بعد بلوغ العقد غايته ونهايته، سواءً كان ذلك بانتهاء مدته، أو بتحقيق الغرض الذي أبرم من أجله[٣].

اللفظ الرابع : الإنهاء :

والإنهاء في اللغة والاصطلاح لا يخرج عن معنى الانتهاء.

وفرق بعض الفقهاء بين الإنهاء والانتهاء بنحو ما فرقوا به بين الفسخ والانفساخ : فانتهاء العقد يتحقق بدون أن يكون للعاقدين أو أحدهما تدخل فيه، أمَّا الإنهاء فلا يتحقق إلَّا بتدخل العاقدين أو أحدهما، وانتهاء العقد يكون بزوال أثره، وذلك بأن يبلغ نهايته، سواءً بانتهاء مدته، أو تحقيق الغرض الذي أبرم من أجله، أما الإنهاء فيتطرق إلى العقد حال قيام أثره ؛ ليرفع ذلك الأثر[٤].

---

(١) ينظر: انفساخ العقد، منار ص٣٣.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٨٤) - أسنى المطالب (٢/ ٣٣٢) - نهاية المحتاج (٥/ ١٣٢).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٥٩٨ - ٥٩٩) - أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٤٥.

(٤) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٥٩٨-٥٩٩) - أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٤٥.

اللفظ الخامس : البطلان :

والبطلان في اللغة : مصدر الفعل بطل، قال ابن فارس : " الباء والطاء واللام أصل واحد، وهو ذهاب الشيء، وقلة مكثه، ولبثه "(١).

فالبطلان : ذهاب الشيء ضياعاً وخسراً، والباطل : نقيض الحق، والجمع أباطيل(٢).

البطلان في الاصطلاح : وقع اختلاف بين الجمهور والحنفية في تعريف البطلان، وبيان حقيقته، فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن البطلان : مخالفة التصرف لأحكام الشرع، وعدم ترتب الآثار عليه، سواءً في العبادات أم في المعاملات، وسواءً كان الخلل في أركانه أو في أوصافه، وذهب الحنفية إلى أن البطلان : مخالفة التصرف أحكام الشرع في ركن من أركانه، أو في شرط من شرائط انعقاده(٣) ومن التعريفات التي ذكرها الفقهاء للبطلان ما يلي :

التعريف الأول : ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل(٤).

---

(١) مقاييس اللغة (١/ ٢٤٤).

(٢) ينظر: المحكم (٩/ ١٧٨) - إكمال الإعلام (١/ ٦٩) - لسان العرب (١١/ ٥٦) - المصباح المنير (١/ ٥٢).

(٣) ينظر: ميزان الأصول ص٣٩ - كشف الأسرار، البخاري (١/ ٣٨٠) - التقرير والتحبير (٢/ ١٠٥) - الضروري في أصول الفقه ص٥٨ - الموافقات (١/ ٤٥١-٤٥٢) - الإحكام، الآمدي (١/ ١٧٥) - الإبهاج (١/ ٦٩) - البحر المحيط (١/ ٢٥٧) - شرح الكوكب المنير (١/ ٤٦٥) - المدخل، ابن بدران ص٧٦ - الملكية، أبو زهرة ص٤١٣- ٤١٤ - تاريخ الفقه أبو العينين ص٤٨٢ -الصحة والفساد عند الأصوليين، ميغا ص١٥١ - ١٥٣.

(٤) ينظر: ميزان الأصول ص٣٩ - كشف الأسرار،البخاري (١/ ٣٨٠) - شرح التلويح (٢/ ٢٥٧).

التعريف الثاني : ما لا يكون صحيحاً بأصله، أو ما لا يعتد به، ولا يفيد شيئاً[(١)].

التعريف الثالث : عدم انعقاد العقد على وجه شرعي[(٢)].

ويظهر لي أن أقرب التعريفات وأشملها هو التعريف الثاني.

الفرق بين الانحلال والبطلان :

يظهر الفرق بين انحلال العقد وبطلانه من الأوجه التالية :

الوجه الأول : بطلان العقد يكون بسبب فقدانه أحد أركان تكوينه، فهو لا يكون منعقداً، أو يكون انعقاده صورياً دون أن يكون له اعتبار في نظر الشرع، أما العقد المنحل فهو عقد مستوفٍ أركان تكوينه، لكن طرأ عليه ما يقتضي انحلاله، سواءً كان بسبب إرادي من المتعاقدين، أم بسبب خارج عن إرادتهما.

الوجه الثاني : البطلان في العقود يفقدها آثارها، فالباطل من العقود لا تترتب عليه الآثار التي وضعها الشارع من نقل الملك، والضمان، ونحوها، بخلاف الانحلال، فالعقد قبل ورود الانحلال عليه موجود، ومنعقد، وتترتب عليه آثاره، وبعد وقوع الانحلال تزول تلك الآثار بأثر رجعي.

الوجه الثالث : في حالة بطلان العقد لا يملك القاضي غير إبطاله، وأنه قد صدر باطلاً من أصله، أما في حالة انحلال العقد فالقاضي يملك السلطة التقديرية في الحكم بانحلاله، أو عدم انحلاله.

---

(١) ينظر: التعريفات الفقهية، البركتي ص٤١، ٤٥.

(٢) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٤٤.

الوجه الرابع : البطلان يرد على العبادات والمعاملات على حد سواء، أما الانحلال فالأصل فيه أنه لا يرد إلا على عقود المعاملات[1].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (٢/ ٧١٢ - ٧١٣) - الملكية ونظرية العقد ص٤١٥ - ٤١٦ - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي (٤/ ٣١٥٤ - ٣١٥٥) - أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٤٤ - نظرية الفسخ، حوران ص٨٥ - ٨٨ - انفساخ العقد، منار ص٣٧-٣٨.

المبحث الثالث

الأساس الشرعي لانحلال العقود

يدل على انحلال العقود عدد من الأدلة الشرعية أبرزها ما يلي :

الدليل الأول : عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلَّا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله)[(١)].

وجه الدلالة : الحديث يدل على مشروعية الفسخ ؛ حيث إنه علقه بالمفارقة، والاستقالة قبل المفارقة وبعدها سواء، لا تأثير لعدم التفرق بالأبدان فيها[(٢)].

الدليل الثاني: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:(المسلمون على شروطهم)[(٣)].

وجه الدلالة : أن الشروط الواقعة بين المسلمين، الجائزة شرعاً

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب خيار المتبايعين برقم (٣٤٥٦)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا برقم (١٢٤٧)، والنسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما برقم (٤٤٨٣)، والدارقطني في سننه برقم (٢٩٩٨)، والبيهقي في الكبرى برقم (١٠٧٥٥)، وحسن الترمذي إسناده، وكذا الألباني، وصححه ابن الملقن. ينظر: سنن أبي داود (٥/ ٣٢٥) - سنن الترمذي (٢/ ٥٤١) - السنن الصغرى، النسائي (٧/ ٢٥١) - سنن الدارقطني (٣/ ٤٧٤) - السنن الكبرى، البيهقي (٥/ ٢٧١) - البدر المنير (٢/ ١٥٦) - صحيح الجامع الصغير (١/ ٥٥٩).

(٢) ينظر: معالم السنن (٣/ ١٢٢) - شرح السنة (٨/ ٤٠) - فتح الباري، ابن حجر (٤/ ٣٣١-٣٣٢) - سبل السلام (٢/ ٤٧).

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٤٥٠.

يجب الوفاء بها، والوقوف عندها[١]، والمتعاقدان يملكان التصرف في العقد بالفسخ أو الإمضاء[٢].

الدليل الثالث: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[٣].

وجه الدلالة: أنه لا يجوز للإنسان أن يُدْخِل الضرر على أحد، والضرر ينفى قبل وقوعه، ويدفع بعد وقوعه[٤]، ومما يدفع به بعد وقوعه اتخاذ التدابير التي تزيل آثاره، ومنها الفسخ[٥].

الدليل الرابع: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (لو بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة[٦] فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)[٧]

وجه الدلالة: الحديث يدل على وضع الجوائح، وتحريم أكل مال الغير بدون حق، والإرشاد إلى الوفاء، وتعريض المشتري لمكارم الأخلاق[٨]، وهذا كله يدل على جواز فسخ العقد حال هلاك المعقود عليه[٩].

---

(١) ينظر: فيض القدير (٦/ ٢٧٢) - نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥) - عون المعبود (٩/ ٣٧٣).
(٢) ينظر: المبدع، ابن مفلح (٤/ ٥١) - الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي (٥/ ٣٧٨٩).
(٣) الحديث سبق تخريجه ص٥٦٥.
(٤) ينظر: الاستذكار (٧/ ١٩١) – جامع العلوم والحكم (٢/ ٢١٠).
(٥) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي (٤/ ٣١٥٨) - نظرية الفسخ، حوران ص٦٢.
(٦) الجائحة: المصيبة العامة المذهبة لمال أو نفس، وتطلق على الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها، وكل مصيبة عظيمة وفتنة مبيرة. ينظر: المغرب (١/ ١٦٧) - شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٩٢) - النهاية في غريب الحديث (١/ ٨٣٤) - المصباح المنير (١/ ١١٣) - المطلع ص٢٩٢.
(٧) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح برقم (١٥٤٤) (٣/ ١١٩٠).
(٨) ينظر: سبل السلام (٢/ ٦٧).
(٩) ينظر: نظرية الفسخ، حوران ص٦٤.

الدليل الخامس : عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ (من أقال مسلماً أقال الله عثرته) وفي رواية : (من أقال نادماً...)[(١)].

وجه الدلالة : يمكن أن يستدل : بأن الإقالة سبب مشروع لانحلال العقد.

الدليل السادس : أن فسخ العقد حالة فساده فيه رفع للفساد، ورفع الفساد واجب، وفيه إزالة للضرر وآثاره ؛ ولأنه إذا فات مقصود العقد ثبت للعاقد الحق في رفعه[(٢)].

(١) الحديث أخرجه أحمد في مسنده برقم (٧٤٢٥) وبلفظه أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب فضل الإقالة برقم (٣٤٦٠)، وابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب الإقالة برقم (٢١٩٩)، والبزار في مسنده برقم (٩١٣٠)، وأبو يعلى في معجمه برقم (٣٢٦)، وابن حبان في صحيحه برقم (٥٠٣٠)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٤٥٨)، وصححه الحاكم، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي، وصححه ابن حزم، وابن الملقن، والبوصيري، والألباني. ينظر: مسند أحمد (٧/ ٢٣٥) - سنن أبي داود (٥/ ٣٢٨) - سنن ابن ماجة (٣/ ٣١٨) - مسند البزار (١٦/ ٧٦) - معجم أبي يعلى (١/ ٢٦١) - صحيح ابن حبان (١١/ ٤٠٥) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٢٧) - المستدرك (٢/ ٥٢) - المحلى (٧/ ٤٨٣) - البدر المنير (٦/ ٥٥٦) - مصباح الزجاجة (٣/ ١٨) - إرواء الغليل (٥/ ١٨٢).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/ ١٨٣) - بدائع الصنائع (٤/ ١٨٤) (٥/ ٣٠٠) - مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٢٩٠).

المبحث الرابع

طبيعة العقد الطبي، والمراد بانحلاله

تقدم أن تكييف العقد الطبي يدور بين البيع، والإجارة، والجعالة.

وعقد البيع عقد لازم بعد التفرق بإجماع الفقهاء(١).

وعقد الإجارة عقد لازم عند جمهور الفقهاء(٢)، وحكي الإجماع عليه(٣)(٤).

أما عقد الجعالة فالأصل فيه أنه عقد جائز إلَّا بعد تمام العمل وبعد الشروع في حق الجاعل فإنه يصبح لازماً، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء(٥).

---

(١) ينظر: الإفصاح (١/ ٢٧٣) - المغني (٣/ ٤٩٤) - الشرح الكبير (٤/ ٦٣) - حاشية الروض المربع، ابن قاسم (٤/ ٤٢٠).

(٢) ينظر: المبسوط(١٥/ ١٤٥) - بدائع الصنائع(٤/ ٢٠١) - تبيين الحقائق(٥/ ١٤٥) - حاشية ابن عابدين(٨/ ٣٩٠) التلقين (٢/ ٣٩٩) - البيان والتحصيل (٩/ ٧٦) - الذخيرة (٥/ ٤٣٤) - مواهب الجليل (٥/ ٣٣٥) - الأم (٤/ ٣١) - الحاوي (٨/ ٣١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٦٦) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٦) - المغني (٥/ ٣٣٢) - شرح الزركشي (٤/ ٢٢٨) - المبدع (٤/ ٤٣٨) - الإنصاف (٦/ ٥٨) - كشاف القناع (٤/ ٢٣).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/ ١٦٥، ١٨٥).

(٤) وفي المسألة قول آخر بأن عقد الإجارة عقد غير لازم، وقد سبق عرض الخلاف.

(٥) ينظر: البيان والتحصيل (٨/ ٤٨٣) - الذخيرة (٦/ ١٨) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - الشرح الكبير (٤/ ٦٠) - الحاوي (٨/ ٣١) - نهاية المطلب (٦/ ٧٣) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٤-٦٢٦) - المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٦) - مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٨).

من خلال ما سبق يتبين ما يلي :

أ - العقد الطبي إذا كان في صورة البيع، أو الإجارة فهو عقد لازم بين الطبيب والمريض.

ب - العقد الطبي إذا كان في صورة الجعالة فهو عقد جائز بين الطبيب والمريض إلَّا إذا أتم الطبيب عمله الطبي أصبح العقد لازماً، واستحق الطبيب العوض.

وانحلال العقد الطبي يقصد به : قيام الطبيب أو المريض بفسخ العقد المبرم بينهما[1]

ويمكن أن يقال : زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت بين الطبيب والمريض في عقد العلاج.

(١) ينظر: العقد الطبي، قيس المبارك ص٢٨٠.

الفصل الثاني

أسباب انحلال العقد الطبي

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : انحلال العقد الطبي بأسباب تعود إلى العاقدين.

المبحث الثاني : انحلال العقد الطبي بأسباب تعود إلى العقد ذاته.

المبحث الثالث : انحلال العقد الطبي بأسباب تعود إلى المعقود عليه.

" الإجارة كما تنتقض بالأعذار تبقى بالأعذار".

حاشية ابن عابدين (٨٤/٦).

المبحث الأول

انحلال العقد الطبي بأسباب تعود إلى العاقدين

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : انحلال العقد الطبي بسبب عارض لأحد العاقدين

المطلب الثاني : انحلال العقد الطبي بسبب الاختلاف بين المتعاقدين.

المطلب الثالث : انحلال العقد الطبي بالإقالة.

المطلب الأول
انحلال العقد الطبي بسبب عارض لأحد العاقدين

وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول
انحلال العقد الطبي بالسفه

السفه : خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع أو العقل، مع قيام العقل[(١)].

وقد اختلف الفقهاء في انحلال العقد بالحجر على السفيه سفهاً طارئاً على قولين :

القول الأول : عدم انحلال عقود السفيه بالحجر عليه لسفهه، وهذا قول أبي حنيفة[(٢)]، وابن حزم[(٣)].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟﴾ [النِّسَاء: ٦].

---

(١) وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإسرافه، واعتبر السفه من موجبات قيام الولاية على صاحبه ؛ لأن السفيه باختياره يعمل بما يخالف مقتضى العقل مع قيامه. ينظر: درر الحكام شرح الغرر (٢/ ٢٧٤) - البحر الرائق (٨/ ٩١) - حاشية الأزميري على مرآة الأصول (٢/ ٤٥٨).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٦٩) - الهداية (٣/ ٢٧٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١٩٢) - الفتاوى الهندية (٥/ ٥٤).

(٣) ينظر: المحلى (٧/ ١٤٠).

وجه الدلالة : في الآية نهي عن الإسراف في مال اليتيم، مبادرة ومخافة أن يكبر، مما يدل على أنه ليس للأولياء ولاية بعد الكبر، والتنصيص على زوال الولاية عن اليتيم بعد كبره تنصيص على زوال الحجر عنه بالكبر ؛ لأن الولاية عليه للحاجة، وهي منعدمة إذا صار مطلق التصرف بنفسه[١].

ونوقش : بأن دفع المال لليتيم مقيد ببلوغه، وإيناس الرشد منه[٢].

الدليل الثاني : عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقدته[٣] ضعف، فأتى أهله نبي الله، فقالوا : يا نبي الله، احجر على فلان، فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه النبي ﷺ، فنهاه عن البيع، فقال : يا نبي الله، إني لا أصبر عن البيع، فقال رسول الله ﷺ : (إن كنت غير تارك البيع فقل: هاء وهاء[٤] ولا خلابة)[٥].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٩٣).

(٢) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٨٠.

(٣) العقدة: الرأي، والنظر في مصالح النفس، وعقدة الرجل: ما عقد عليه ضميره ونيته، وعزم عليه ونواه. ينظر: عمدة القاري (١١/ ٢٣٤) - النهاية في غريب الحديث (٣/ ٥٢٨).

(٤) هاء وهاء: الأخذ والتقابض، وأن يعطي كل منهما صاحبه ما بيده. ينظر: إكمال المعلم (٥/ ٢٦٣) - مطالع الأنوار (٦/ ٩٩) - النهاية في غريب الحديث (٥/ ٥٣٥).

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب الرجل يقول عند البيع: لا خلابة برقم (٣٥٠١)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يخدع في البيع برقم (١٢٥٠)، والنسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب الخديعة في البيع برقم (٤٤٨٥)، وابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله برقم (٢٣٥٤)،وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وأصل الحديث في الصحيحين. ينظر: سنن أبي داود (٥/ ٣٦٠) - سنن الترمذي (٢/ ٥٤٣) - سنن النسائي (٧/ ٢٥٢) - سنن ابن ماجة (٣/ ٤٤١) - المستدرك (٤/ ١١٣) - تنقيح التحقيق، ابن عبدالهادي (٣/ ٢٩) - البدر المنير (٦/ ٥٣٧) - التلخيص الحبير (٣/ ٥٢).

وجه الدلالة : " أن الكبير لا يحجر عليه ؛ إذ لو كان إلى الحجر عليه سبيل لحجر عليه، ولأمر أن لا يبايع، ولم يقتصر على قوله : لا خلابة "[(١)].

ونوقش هذا الاستدلال من الوجهين التاليين :

الوجه الأول : أن عدم الحجر خاص بهذا الرجل دون غيره.

الوجه الثاني : أن الذي ورد في الحديث أنه كان يخدع في البيع، وليس كل من غبن في شيء يجب أن يحجر عليه، حيث إن للحجر حداً من لم يبلغه لم يستحق الحجر[(٢)].

الدليل الثالث : قياس السفيه على الرشيد بجامع أن كلّاً منهما كامل العقل مكلف، فأهلية الأداء مناط كمالها العقل، والعقل ثبت كاملاً للسفيه بدليل مخاطبته بكل التكاليف الشرعية[(٣)].

ونوقش : بأن هذا قياس مع الفارق ؛ لأن الإنسان لو بلغ رشيداً دفع ماله إليه، ولو بلغ غير رشيد لم يدفع ماله إليه[(٤)].

الدليل الرابع : أن في الحجر على السفيه وفسخ عقوده بسبب سفهه إلحاقاً له بالبهائم، وإهداراً لآدميته، فيكون ضرر هذا الفعل عليه أشد من ضرر تبذيره[(٥)].

---

(١) معالم السنن (٣/ ١٣٨). وينظر: شرح ابن بطال (٦/ ٥٢٩).

(٢) ينظر: شرح ابن بطال(٦/ ٥٣٠) - الاستذكار (٦/ ٥٣٨)- معالم السنن (٣/ ١٣٨) - شرح النووي (١٠/ ١٧٧)

(٣) ينظر: الهداية (٣/ ٢٧٨) - الاختيار (٢/ ٩٦) – تبيين الحقائق (٥/ ١٩٣) - عوارض الأهلية، الجبوري ص٤٢٩

(٤) ينظر: المغني (٤/ ٣٥٢).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٤/ ٢٩٧) - الهداية (٣/ ٢٧٨) - الاختيار (٢/ ٩٦) – تبيين الحقائق (٥/ ١٩٣).

القول الثاني: انحلال عقود السفيه بالحجر عليه لسفهه، وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية(١)، وهو قول المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝٥ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النِّسَاء: ٥-٦].

وجه الدلالة: في الآية نهي للأولياء أن يؤتوا السفهاء أموالهم التي هي لهم؛ خشية إفسادها وإتلافها؛ لأن الله جعل الأموال قياماً لعباده في مصالح دينهم ودنياهم، وهؤلاء لا يحسنون القيام عليها وحفظها، وقد أمر الله بدفع المال لليتامى إذا: بلغوا راشدين، وهذا يدل على اعتبار الأمرين كليهما، وأن من بلغ غير محسن للتصرف لم يدفع إليه ماله، بل هو باق على سفهه، ولو بلغ عمراً كثيراً(٥).

ونوقش: بأن لفظ السفيه لفظ مشترك، يدخل تحته من لا يجب

(١) ينظر: المبسوط (٢٤/ ٢٩١) - بدائع الصنائع (٧/ ١٦٩) - تبيين الحقائق (٥/ ١٩٢) -الفتاوى الهندية (٥/ ٥٤).

(٢) ينظر: التهذيب (٣/ ٦٣٢) - الكافي (٢/ ٨٣٣) - شرح التلقين (٣/ ١٩٩) - مواهب الجليل (٥/ ٦٤).

(٣) ينظر: الأم (٣/ ٢٢٣-٢٢٤) - الحاوي (٦/ ٣٥٤) - البيان (٦/ ٢٣٢) - مغني المحتاج (٣/ ١٤٠).

(٤) ينظر: الشرح الكبير (٤/ ٥١٢) - المبدع (٤/ ٣٠٢) - الإنصاف (٥/ ٣٣٣) - كشاف القناع (٣/ ٤١٦).

(٥) ينظر: أحكام القرآن، ابن العربي (١/ ٤١٦) - المحرر الوجيز (٢/ ٩) - الأم (٣/ ٢١٨) - أحكام القرآن، الهراسي (٢/ ٣٢٦) - تفسير ابن كثير (٢/ ٢١٤) - الإكليل، السيوطي ص٧٨ - تيسير الكريم الرحمن ص١٦٤.

الحجر عليه، كمن كان سفهه في دينه، وبأن الخطاب في الآية للأولياء، لا للسفهاء(١).

وأجيب : بأن سياق الآية يدل على أن المراد السفه في المال، وأن المراد كذلك أموال السفهاء، وأن الخطاب للأولياء(٢).

الدليل الثاني : قال تعالى : ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢].

وجه الدلالة : " أن السفيه يحجرُ عليه، وتلغي أقواله وتصرفاته وإقراره، وأنه لابد له من ولي أمره، وأن الولي يقبل إقراره عليه"(٣).

ونوقش : بأنه يحتمل أن المراد بالسفيه في الآية : الصبي والمجنون، وأن الذي عليه الحق إنما لزمه الحق بمداينته، فما دام أن مداينته نفذت فهذا دليل على نفاذ تصرفاته(٤).

وأجيب من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن المراد بالسفيه في الآية الكبير بدليل إدخال (أو) بين السفيه والضعيف ومن لا يستطيع أن يمل، وإدخال (أو) دليل المغايرة، فيحمل السفيه على ضعيف الرأي ناقص العقل من البالغين، ويحمل الضعيف على الصغير والمجنون، ويحمل من لا يستطيع أن يمل على من يضعف لسانه عن الإملاء لخرس، أو على من يجهل ماله وما عليه.

---

(١) ينظر: مفاتيح الغيب، الرازي (٩/ ٤٩٤-٤٩٧).

(٢) ينظر: المصدر السابق،نفس رقم الجزء والصفحة.

(٣) الإكليل، السيوطي ص٦٤. وينظر: الأم، الشافعي (٣/ ٢٢٣) - أحكام القرآن، الهراسي (١/ ٢٤٣).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٤/ ٣٠١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٩٣).

الوجه الثاني : أن الآية تثبت أن الذي يتولى الإملاء هو ولي السفيه، وليس المقصود ولي الدين بدليل إضافة الضمير إلى الدين بعده.

الوجه الثالث : أنه في الإطلاق يقال : ولي السفيه، وولي الضعيف، ولا يقال : ولي الحق، وإنما يقال : صاحب الحق[١].

الدليل الثالث : عن أنس بن مالك ﵁ أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقدته ضعف، فأتى أهله نبي الله، فقالوا : يا نبي الله، احجر على فلان، فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه النبي ﷺ ، فنهاه عن البيع، فقال : يا نبي الله، إني لا أصبر عن البيع، فقال رسول الله ﷺ (إن كنت غير تارك البيع فقل: هاء وهاء ولا خلابة)[٢].

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أقرهم على سؤالهم الحجر عليه، ودعاه، ومنعه من البيع، وَحَجَرَ عليه حَجْرَ مثله، بأن أثبت له الخيار في عقوده ولم يجعلها منعقدة[٣].

الدليل الرابع : أن الصحابة أجمعوا على جواز الحجر على السفيه في وقائع متعددة[٤]، منها :

أ - أن عائشة ﵂ حدثت: أن عبد الله بن الزبير قال: في بيع أو عطاء أعطته عائشة: والله لتنتهين عائشة أو لأحجرن عليها، فقالت: أهو قال هذا؟ قالوا: نعم، قالت : هو لله علي نذر، أن لا أكلم ابن الزبير أبداً[٥].

---

(١) ينظر: أحكام القرآن، ابن العربي (١/ ٣٣١-٣٣٢) - مفاتيح الغيب (٧/ ٩٤).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٨٣٧.

(٣) ينظر: الحاوي (٦/ ٣٥٦).

(٤) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

(٥) هذا الأثر أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب الهجر برقم (٦٠٧٣) (٨/ ٢٠).

ب - أن عبد الله بن جعفر أتى الزبير فقال: إني ابتعت بيعاً بكذا وكذا، وإن علياً يريد أن يأتي عثمان فيسأله أن يحجر علي، فقال له الزبير: فأنا شريكك في البيع، فأتى علي عثمان فقال له: إن ابن جعفر ابتاع كذا وكذا، فاحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكه في هذا البيع، فقال عثمان: (كيف أحجر على رجل في بيع شريكه الزبير؟)[(١)].

الدليل الخامس: من المعقول، وذلك من الأوجه التالية:

الوجه الأول: أن العلة المقتضية للحجر السفه، فمن طرأ عليه السفه، أو بلغ سفيهاً وجب الحجر عليه، ومن حجر عليه انحل عقده.

الوجه الثاني: أن الصبي حجر عليه لتوهم التبذير منه، والسفيه البالغ قد تحقق منه التبذير، وليس من النظر أن يمكَّن من التصرف على وجه لا يقتضيه العقل والحكمة، فيحجر عليه؛ لمصلحته، وإذا حجر عليه انحل عقده[(٢)].

الترجيح: الراجح هو القول الثاني المقتضي انحلال عقود السفيه بعد الحجر بالحجر عليه لسفهه، ويؤيد ذلك ما يلي:

أولا: قوة أدلة هذا القول.

ثانياً: أن حفظ المال متعين، والحجر على السفيه لأجل ذلك، فيكون متعيناً.

---

(١) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٥١٧٦)، والدارقطني في سننه برقم (٤٥٥٢)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١٦٧٠)، وصححه ابن الملقن والألباني. ينظر: مصنف عبدالرزاق (٨/ ٢٦٧) - سنن الدارقطني (٥/ ٤١٣-٤١٤) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٦١) - البدر المنير (٦/ ٦٧٧-٦٧٨) - إرواء الغليل (٥/ ٢٧٣).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٩٤ -١٩٥) - الحاوي (٦/ ٣٥٥- ٣٥٨) - المغني (٤/ ٣٤٤- ٣٤٥).

ثالثاً : أن الحجر على السفيه "ثابت لمصلحته، لأن إطلاقه مفسدة في حقه"[١]، والحجر عليه فيه " دفع للضرر العام"[٢].

إذا ثبت جواز الحجر على السفيه لسفهه، وانحلال عقوده بذلك فإن الذي عليه جمهور الفقهاء أنه لا بد أن يكون الحجر عليه وانحلال عقوده بحكم الحاكم[٣]، ويؤيد ذلك ما يلي :

أولاً : أن علياً رضي الله عنه طلب الحجر من أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه على عبدالله بن جعفر[٤]، ولو كان الحجر يكون بالسفه نفسه لما طلب علي من عثمان أن يحجر عليه[٥].

ثانياً : أن التصرف الذي يعد سفهاً يختلف الناس في تقديره، وقد يحتاج إلى اجتهاد، ويتردد بين الضر والنفع ؛ فإن إهدار أهليته ضرر عليه وإبقاء ملكه منفعة له، فيفوض إلى الحاكم[٦].

---

(١) قواعد الأحكام (١/ ٩٠).

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٨٧.

(٣) ينظر: المبسوط (٤/٢٩٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١٩٥) - العناية (٩/ ٢٦١) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٤١) - الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ٨٣٣) - البيان والتحصيل (١٠/ ٤٦٣) - مواهب الجليل (٥/ ٦٤) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٢٩٧) - الحاوي (٦/ ٣٥٧) - أسنى المطالب (٢/ ٢٠٦) - مغني المحتاج (٣/ ١٤٠) - تكملة المجموع (١٣/ ٣٧٩) - المغني (٤/ ٣٤٥) - المبدع (٤/ ٣٠٣) - شرح المنتهى (٢/ ١٧٢) - كشاف القناع (٣/ ٤١٦).

(٤) هذا الأثر سبق تخريجه ص٨٤٢.

(٥) ينظر: تكملة المجموع (١٣/ ٣٧٩).

(٦) خالف في ذلك محمد بن الحسن من الحنفية، وابن القاسم من المالكية، وبعض الشافعية فذهبوا إلى أنه يحكم بالسفه بمجرد ظهوره، ولا يحتاج لحكم الحاكم، واستدلوا: بأن علة الحجر السفه، وقد تحقق في الحال، فيترتب عليه موجبه بغير قضاء، وقياس الحجر بالسفة على الحجر بالجنون، بجامع أنهما يشتركان في سوء اختيارهما، والراجح: أنه لابد من حكم الحاكم ؛ لما تقدم. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٩٥) - البيان والتحصيل (١٠/ ٤٦٣) - تكملة المجموع (١٣/ ٢٧٩).

العقود التي تنحل بالحجر على السفيه هي العقود الجائزة دون اللازمة؛ لأن العقود اللازمة تنفذ من السفيه مع الحجر عليه(١).

وبتطبيق ذلك على العقد الطبي يتبين أنه إنما ينحل العقد الطبي بالسفه إذا كان في صورة الجعالة؛ لأن الجعالة عقد جائز غير لازم، وينحل العقد الطبي إذا كان في صورة الجعالة بالحجر على أحد العاقدين لسفهه، سواءً كان الجاعل أم المجعول له، وسواءً كان الحجر قبل الشروع في العمل أم بعده(٢).

---

(١) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٨٩ -٩٠.

(٢) وخالف بعض فقهاء المالكية فذهبوا إلى أن عقد الجعالة لا ينحل بالحجر على الجاعل لسفهه؛ لأن العقد عندهم لازم للجاعل، لأنه هو الذي أوجبه على نفسه. ينظر: التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - شرح الخرشي (٧/ ٦٥) - منح الجليل (٨/ ٦٩) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٦٥).

الفرع الثاني
انحلال العقد الطبي بالجنون

تقدم أن الجنون : اختلال العقل، بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلَّا نادراً[١].

والجنون إن كان مطبقاً فإن المفهوم من كلام جمهور الفقهاء وفروعهم أن العقد الجائز ينحل به ؛ لأن الحجر يتعين على المجنون، ولأن العقد يعتمد على وجود العقل، فإذا انتفى العقل انتفت صحة العقد[٢].

وأما إن كان الجنون غير مطبق فقد اختلف الفقهاء في انحلال العقد به، وخلافهم على قولين :

القول الأول : أن العقد ينحل بالجنون غير المطبق، وهو قول عند المالكية[٣]، والأصح عند الشافعية[٤]، وقول عند الحنابلة[٥].

(١) ينظر: شرح التلويح (٢/ ٣٤٨) - التعريفات ص١٠٧ - تيسير التحرير (٢/ ٣٧٣).
(٢) ينظر: المبسوط (٢٥/ ٦٩) - بدائع الصنائع (٧/ ٢٠٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٩١) - درر الحكام شرح المجلة (٢/ ٥٩٦) - الذخيرة (٨/ ٢٤٤) - مواهب الجليل (٥/ ٥٧-٥٨) - شرح الخرشي (٥/ ٢٩٠) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٢٩٢) - فتح العزيز (٥/ ٧٤) - روضة الطالبين (٤/ ١٧٧) - تحفة المحتاج (٥/ ٣٤٠) - مغني المحتاج (٣/ ١٣١) - المغني (٤/ ٣٤٤) - المبدع (٤/ ٣٠١) - الإنصاف (٥/ ٣٦٩) - كشاف القناع (٣/ ٥٥٢).
(٣) ينظر: شرح الخرشي مع حاشية العدوي (٥/ ٢٩٠) - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٢).
(٤) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ١٧٧) - تحفة المحتاج (٥/ ٣٤٠) - مغني المحتاج (٣/ ١٣١).
(٥) ينظر: الإنصاف (٥/ ٣٦٩).

واستدلوا : بأن الجنون لو قارن الانعقاد لمنعه، فإذا طرأ عليه أبطله[١].

القول الثاني : أن العقد لا ينحل بالجنون غير المطبق، وهذا قول الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، وقول عند الشافعية[٤]، وقول الحنابلة[٥]

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : أن الجنون غير المطبق يتكرر، فالقول بانحلال العقد به يشق ؛ لتكرره[٦].

ثانياً: أن الجنون غير المطبق بمنزلة الإغماء، أو النوم، فلا ينحل به العقد؛ لقصر مدته، وسرعة زواله[٧].

الترجيح : الراجح القول الثاني المتضمن أن العقد لا ينحل بالجنون غير المطبق ؛ وذلك لقوة دليله.

وانحلال العقد بالحجر على المجنون يكون بمجرد جنونه، ولا يتوقف ذلك على حكم الحاكم ؛ لأن الحكم بالجنون متفق عليه، فلا

---

(١) ينظر: تحفة المحتاج (٥/ ٣٤٠).
(٢) ينظر: المبسوط (٢٥/ ٦٩) - بدائع الصنائع (٧/ ٢٠٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٩١) - درر الحكام شرح المجلة (٢/ ٥٦٩).
(٣) ينظر: الذخيرة (٨/ ٢٤٤) - مواهب الجليل (٥/ ٥٧-٥٨) - شرح الخرشي (٥/ ٢٩٠) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٢٩٢).
(٤) ينظر: فتح العزيز (٥/ ٧٤) - روضة الطالبين (٤/ ١٧٧) - تحفة المحتاج (٥/ ٣٤٠) - مغني المحتاج (٣/ ١٣١).
(٥) ينظر: المغني (٤/ ٣٤٤) - المبدع (٤/ ٣٠١) - الإنصاف (٥/ ٣٦٩) - كشاف القناع (٣/ ٥٥٢).
(٦) ينظر: مطالب أولي النهى (٣/ ٤٢٥).
(٧) ينظر: المبسوط (٢٥/ ٦٩) - بدائع الصنائع (٧/ ٢٠٧) - مطالب أولي النهى (٥/ ٥٠٢).

يحتاج إلى اجتهاد من الحاكم[١].

العقود التي تنحل بالحجر على المجنون هي العقود الجائزة دون اللازمة؛ لأن العقود اللازمة تنفذ من المجنون مع الحجر عليه[٢].

وبتطبيق ذلك على العقد الطبي يتبين أنه إنما ينحل العقد الطبي بالجنون إذا كان في صورة الجعالة؛ لأن الجعالة عقد جائز غير لازم، وينحل العقد الطبي إذا كان في صورة الجعالة بالحجر على أحد العاقدين لجنونه، سواءً كان الجاعل أم المجعول له، وسواءً كان الحجر قبل الشروع في العمل أم بعده[٣].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٩٥) - الشرح الكبير مع حاشيته للدسوقي (٣/ ٢٩٢) - روضة الطالبين (٤/ ١٧٧) - المغني (٤/ ٣٤٤).

(٢) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص١١١- ١١٢.

(٣) وخالف بعض فقهاء المالكية فذهبوا إلى أن عقد الجعالة لا ينحل بالحجر على الجاعل لسفهه؛ لأن العقد عندهم لازم للجاعل، لأنه هو الذي أوجبه على نفسه. ينظر: شرح الخرشي (٧/ ٦٥) - منح الجليل (٨/ ٦٩) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٦٥).

الفرع الثالث
انحلال العقد الطبي بالإفلاس

تقدم أن الإفلاس: عجز الإنسان عن وفاء ما عليه من حقوق وديون مالية حالة ولازمة(١).

اختلف الفقهاء في انحلال عقود المعاوضات المالية بالإفلاس على قولين:

القول الأول: أن عقود المعاوضات المالية لا تنحل بالإفلاس، بل يكون المتعاقد دائناً يتقدم بالمطالبة بحقه كسائر الغرماء، وبهذا قال فقهاء الحنفية(٢).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٠].

وجه الدلالة: أن الله أمر بوجوب إنظار المعسر إلى وقت الميسرة، فليس للمتعاقد معه المطالبة بحبسه، ولا فسخ العقد بسبب إفلاسه؛ لأن الثمن في عقد البيع، والأجرة في عقد الإجارة ونحوهما مما يقابل العين، أو المنفعة يصبح ديناً مؤجلاً إلى الميسرة بتأجيل الشارع

---

(١) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص٧٢- معجم لغة الفقهاء ص٦٢ - نظرية الفسخ ص٢٥٠.

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٨٤) - تبيين الحقائق (٥/ ٢٠١) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٤٧) - الفتاوى الهندية (٥/ ٦٤).

الحكيم[١].

ونوقش: بأن الآية عامة في الإفلاس، ومنه الإعسار بالدين عند حلوله، وقد جاء حديث (من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)[٢] خاصاً فيمن أدرك متاعه[٣].

الدليل الثاني: أن تسليم الثمن نقداً للبائع ليس مستحقاً بالعقد؛ لأن الذي يستحق بالعقد هو الدين، والدين وصف للذمة، وذمة المفلس باقية بعد الإفلاس، وما دام المفلس قد عجز عن تسليم ما ليس مستحقاً بالعقد فلا يكون للبائع حل العقد[٤].

ونوقش: بأن هذا تعليل في مقابلة النص، فلا يعول عليه[٥].

القول الثاني: أن عقود المعاوضات المالية تنحل بالإفلاس، فإذا أصاب أحد الغرماء عين ماله أو سلعته كان له حق الفسخ واسترداد عين ماله وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، والظاهرية[٩].

---

(١) ينظر: أحكام القرآن، الجصاص (٢/ ١٩٧) - بدائع الصنائع (٧/ ١٧٣) - تبيين الحقائق (٥/ ٢٠١).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٥٤٧.

(٣) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص١٢٨.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٠٢).

(٥) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص١٣٠.

(٦) ينظر: البيان والتحصيل (١٠/ ٣٥٩) - الذخيرة (٨/ ١٧٣) - مواهب الجليل (٥/ ٥٠) - الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٩).

(٧) ينظر: الأم (٣/ ٢٠٣) - البيان (٦/ ١٦٠) - أسنى المطالب (٢/ ١٩٤) - مغني المحتاج (٣/ ١١٧).

(٨) ينظر: شرح الزركشي (٤/ ٦٦) - المبدع (٤/ ٢٨٨) - الإنصاف (٥/ ٢٨٦) - كشاف القناع (٣/ ٤٢٥).

(٩) ينظر: المحلى (٦/ ٤٨٤).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)[1].

وجه الدلالة : أن هذا الحديث دليل صريح على الرجوع في الفلس[2]، وأن من وجد متاعه عند من أفلس فهو أحق به، وكونه أحق به : يعني أن له أن يحل العقد[3].

ونوقش: بأن المبيع ليس عين مال البائع ؛ لأنه بالبيع صار مالاً لغيره، وإنما عين ماله ما يجري مجرى الودائع، والحديث يدل على أن البائع أحق بماله بعينه إذا كان المشتري قد قبض المبيع بغير إذن البائع، أو مع شرط الخيار له[4].

وأجيب : أن تأويل الحديث بالوديعة، والعارية ونحوها تأويل مردود لا دليل عليه، فلا يقوى على معارضة الحديث، وقد جاء صريحاً في الرواية الأخرى لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : (إذا أفلس الرجل فوجد البائع سلعته بعينها، فهو أحق بها دون الغرماء)[5].

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٥٤٧. (٢) ينظر: إحكام الأحكام (٢/ ١٤٦).

(٣) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص١٢٨.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٠٢).

(٥) هذا الحديث أخرجه عبدالرزاق في مصنفه برقم (١٥١٦٢)، وابن حبان في صحيحه برقم (٥٠٣٨)، والدارقطني في سننه برقم (٢٩٠٦)، والبيهقي في معرفة السنن برقم (١١٨١٨) وفي الكبرى برقم (١١٥٨٣)، وصحح البيهقي هذا الإسناد، ووافقه ابن الملقن. ينظر: مصنف عبدالرزاق (٨/ ٢٦٤) - صحيح ابن حبان (١١/ ٤١٥) - سنن الدارقطني (٣/ ٤٣٣) - معرفة السنن والآثار (٨/ ٢٤٦) - السنن الكبرى، البيهقي (٦/ ٤٦) - البدر المنير (٦/ ٦٨).

الدليل الثاني : من المعقول، وذلك من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أنه نوع معاوضة يلحقه الفسخ، ينتقل به حق المعاوض من عين إلى ذمة، فجاز له الرجوع إلى العين عند خراب الذمة[(١)].

ثانياً أن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة، فجاز فيه الفسخ ؛ لتعذر العوض، كالمسلم فيه إذا تعذر[(٢)]ثالثاً أنه إذا شرط في البيع رهناً، فعجز عن تسليمه، استحق الفسخ، وهو وثيقة بالثمن، فالعجز عن تسليم الثمن أولى بجواز الفسخ والانحلال[(٣)].

الترجيح : الراجح هو القول الثاني المقتضي جواز انحلال عقود المعاوضات المالية بالإفلاس ؛ لصحة الحديث الذي استندوا إليه، فهو نص في الموضوع، ولم يعارضه حديث آخر، ولأن هذا القول فيه مراعاة لحق الطرفين، وعدل بين المتعاقدين.

ومع أن الجمهور اختاروا انحلال عقود المعاوضات المالية بالإفلاس إلَّا أنهم اشترطوا شروطاً متعددة، وهي ليست محل اتفاق بينهم، وأبرزها الشروط التالية :

الشرط الأول : ألَّا يتعلق بالمبيع حق لغير العاقدين.

الشرط الثاني : أن يكون المفلس حياً وقت ثبوت حق الاسترداد.

الشرط الثالث : أن يكون الثمن عند المفلس لم يقبض البائع منه شيئاً.

---

(١) ينظر: البيان (٦/ ٦١).

(٢) ينظر: المغني (٤/ ٣٠٧).

(٣) ينظر: المصدر السابق، نفس رقم الجزء والصفحة.

الشرط الرابع : أن يكون المبيع باقياً في ملك المفلس، والسلعة بعينها لم يتلف منها شيء.

الشرط الخامس : أن يبقى المبيع على الحال التي كان عليها حال البيع، وألَّا يزيد زيادة متصلة.

الشرط السادس : أن يكون الدين حالاً.

الشرط السابع : أن يمتنع الغرماء من فدائهم للمبيع[1].

وبناءً على ما تقدم فإن العقد الطبي ينحل بين الطبيب والمريض إذا أفلس المريض، سواءً كان ثمن أدوية، أو أجرة أو جعلاً في عقد العلاج، ومثله لو أفلس المستشفى أو الطبيب.

(١) ينظر: التاج والإكليل (٦/ ٦١٩) - مواهب الجليل (٥/ ٥٣-٥٤) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٢٨٣-٢٨٦) - منح الجليل (٦/ ٦٣/ ٧١) - الأم (٣/ ٢٠٣) - البيان (٦/ ١٧٢) - أسنى المطالب (٢/ ١٨٣-١٨٤) - مغني المحتاج (٣/ ١١٨-١٢٠) - المغني (٤/ ٣٢٥) - شرح الزركشي (٤/ ٦٩-٧٠) - الإنصاف (٥/ ٣٠٢)- كشاف القناع (٣/ ٤٢٦-٤٢٧).

الفرع الرابع
انحلال العقد الطبي بالموت

الموت : عدم الحياة عماً وجد فيه الحياة[١].

وبما أن العقد الطبي قد يكون بيعاً، أو إجارة، أو جعالة، فإنني سأذكر فيما يلي حكم انحلال عقد البيع بالموت، ثم حكم انحلال الإجارة بموت الأجير، ثم حكم انحلال الجعالة بالموت.

أولاً : حكم انحلال البيع بالموت :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن البيع لا ينحل بالموت، فإذا كان البيع باتاً دون خيار، أو مات من له الخيار، أو ماتا جميعاً فإن العقد لازم، ولا ينفسخ بالموت، وينتقل الخيار للورثة ؛ لأن المقصود من العقد قد تحقق، وحصل كل واحد من المتعاقدين على حقه في العقد، فلا يؤثر موت العاقدين أو أحدهما في انفساخ العقد بعد تمامه[٢].

ثانياً : حكم انحلال الإجارة بموت الأجير :

اختلف الفقهاء في انفساخ الإجارة بموت الأجير على قولين :

---

(١) اختلف أهل العلم والتحقيق في الموت هل هو صفة وجودية أم عدمية على قولين. ينظر: شرح التلويح (٢/ ٣٧١) - التقرير والتحبير (٢/ ٢٥١-٢٥٢) - تيسير التحرير (٢/ ٤٠٥) - الكليات، الكفوي ص١٣٨٣.

(٢) ينظر: المبسوط (١٣/ ٧٨) - الهداية (٣/ ٣١) - فتح القدير (٦/ ٣١٨) - المدونة (٣/ ٥٨) - مواهب الجليل (٤/ ٣٧٧) - البهجة (٢/ ١٠٦) - الأم (٣/ ٥) - الحاوي (١٨/ ٢٣٨) - روضة الطالبين (٣/ ٤٤١) - تحفة المحتاج (٤/ ٣٤٠) - المغني (٤/ ١٤٩) - الكافي (٢/ ٦٠) - الشرح الكبير (٤/ ٧٧) - شرح المنتهى (٢/ ١٦٢).

القول الأول : أن الإجارة تنفسخ بموت الأجير مطلقاً، وهذا قول الحنفية[١]، والظاهرية[٢].

واستدلوا : "بأن المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك الأجير، وقد فات ذلك بموته، فتبطل الإجارة؛ لفوات المعقود عليه"[٣].

ونوقش : بأن ما يثبت في الذمة لا يفوت بالموت كالدين، وكما لو تلفت العين المستأجرة في الذمة فإن الإجارة لا تنفسخ، ويلزم الإبدال عند جمهور الفقهاء، ومنهم الحنفية[٤].

القول الثاني : التفريق بين وقوع الإجارة في ذمة الأجير، أو على عينه، فإن وقعت الإجارة في ذمة الأجير لم تنفسخ بموته، بل يستأجر عليه من يكمل العمل، فإن تعذر ذلك جاز الفسخ، وأما إن وقعت الإجارة على عين الأجير فإنها تنفسخ بموته، وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧].

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/ ٢٧٩) - بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٢) - الهداية (٣/ ٢٤٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٤).

(٢) ينظر: المحلى (٧/ ٥).

(٣) المبسوط (١٥/ ٢٧٩). وينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٢) - المحلى (٧/ ٥).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٣) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤٦١) - القوانين الفقهية ص٣٠٠ - شرح ميارة (٢/ ٩٨) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٣) - الكافي (٢/ ٣١٦) - كشاف القناع (٤/ ٢٩).

(٥) ينظر: النوادر (٧/ ٢٦٧) - الكافي (٢/ ٧٤٦) - البيان والتحصيل (٤/ ٢١٩) - شرح ميارة (٢/ ١٧١).

(٦) ينظر: البيان (٧/ ٣٦٦) - روضة الطالبين (٥/ ٢٤٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣١) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٥).

(٧) ينظر: المغني (٥/ ٣٤١/ ٣٤٧) - الإنصاف (٦/ ٦٤)- كشاف القناع (٤/ ٣١) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٥٨)

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

أن العمل إذا كان في ذمة الأجير لا يفوت بموته مطلقاً، بل يفوت إلى بدل، وهو عمل غيره، فلا ينفسخ العقد، ولأن الأجير مات ولم ينجز العمل الذي في ذمته، فلزم إيفاؤه من تركته كالدين الذي عليه، أما إذا كان العمل متعلقاً بعين الأجير فهو مورد العقد، والمعقود عليه هو عمله بنفسه، فإذا مات فقد فات العمل بموته إلى غير بدل فينفسخ العقد[١].

الترجيح: القول الثاني هو القول الراجح؛ لقوة دليله، ولأنه راعى مصلحة كلا طرفي العقد: الأجير والمستأجر، ومراعاة مصلحة الطرفين في العقد أولى من مراعاة مصلحة طرف واحد.

ثالثاً: حكم انحلال الجعالة بموت أحد العاقدين:

اختلف الفقهاء في حكم انحلال عقد الجعالة بموت أحد الطرفين فيه على قولين:

القول الأول: أن عقد الجعالة لا ينحل بالموت، سواءً قبل الشروع في العمل أم بعده، وهذا قول عند المالكية[٢].

واستدلوا على ذلك: بأن عقد الجعالة عقد لازم، يتأكد لزومه بالشروع في العمل[٣].

---

(١) ينظر: البيان (٧/ ٣٦٦) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣١) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٥)- المغني (٥/ ٣٤١) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٥٨).

(٢) ينظر: المنتقى (٥/ ١١١) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - شرح ميارة (٢/ ١٧٩) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٦٥)

(٣) ينظر: المنتقى (٥/ ١١١) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٦٥).

ويمكن أن يناقش : بأن عقد الجعالة من العقود الجائزة لا اللازمة.

القول الثاني : أن عقد الجعالة ينحل بالموت، وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

واستدلوا : بأن عقد الجعالة من العقود الجائزة لا اللازمة(٤).

والراجح : القول الثاني المتضمن انحلال عقد الجعالة بالموت ؛ لأن عقد الجعالة من العقود الجائزة، والعقود الجائزة تنحل بما هو دون الموت فانحلالها بالموت من باب أولى.

وبناءً على ما تقدم أقول :

أولاً : العقد الطبي لا ينحل بالموت إذا كان في صورة عقد البيع.

ثانياً : لا ينحل العقد الطبي بالموت إذا كان التعاقد مع الطبيب في ذمته كما في صورة الأجير المشترك، ولم يكن هناك شرط أو عرف يقتضي عمل الطبيب بعينه، وينحل العقد الطبي بالموت إذا كان التعاقد مع طبيب بعينه كما في صورة الأجير الخاص، أ وكان هناك شرط أو عرف في الأجير المشترك.

ثالثاً : ينحل العقد الطبي بالموت في صورة الجعالة مطلقاً، سواءً قبل شروع الطبيب في عمله أو بعده، وسواءً كان الميت هو الطبيب أم المريض.

---

(١) ينظر: المنتقى (٥/ ١١١) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٧٩) - الذخيرة (٦/ ١٣) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٦٥).

(٢) ينظر: البيان (٧/ ٤٠٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٣) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٦).

(٣) ينظر: المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٥).

(٤) ينظر: المقدمات الممهدات (٢/ ١٧٩) - الذخيرة (٦/ ١٧) - منح الجليل (٨/ ٦٩) - الحاوي (٨/ ٣١) - البيان (٧/ ٤٠٧) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٦) - المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٦).

الفرع الخامس
انحلال العقد الطبي بالردة

الردة هي : " قطع الإسلام بنية، أو قول، أو فعل "[(١)].

اختلف الفقهاء في انحلال عقود المرتد، وخلافهم في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن عقود المرتد تنحل بلحاقه بدار الحرب، ولا تنحل بمجرد ردته، وهذا قول الحنفية[(٢)].

واستدلوا : بأن المرتد إذا لحق بدار الحرب صار من أهل الحرب، وأهل الحرب يعتبرون أمواتاً في حق أحكام الإسلام، والميت يزول ملكه بموته، فكذلك المرتد إذا لحق بدار الحرب، وإذا زال ملكه بطل تصرفه، وحينئذ ينحل عقده[(٣)].

ونوقش : بأن حل دمه لا يوجب توريث ماله، بدليل الحربي الأصلي[(٤)].

القول الثاني : أن عقود المرتد تنحل بمجرد ردته، وهذا القول

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه ص٣١٢. وينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٣٤) - شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٣٤) - معجم مقاليد العلوم ص٥٩ - التوقيف على مهمات التعاريف ص٣٦٢ - المطلع ص٤١.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٣٧) – الهداية (٢/ ٤٠٧) - تبيين الحقائق (٣/ ٢٨٧) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٤٧).

(٣) ينظر: الاختيار (٤/ ١٤٧) – تبيين الحقائق (٣/ ٢٨٧).

(٤) ينظر: المغني (٩/ ١١).

رواية عند الشافعية[(١)]، والحنابلة[(٢)].

واستدلوا على ذلك بأن عصمة نفسه وماله إنما تثبت بإسلامه، فزوال إسلامه يزيل عصمتهما، كما لو لحق بدار الحرب، ولأن المسلمين ملكوا إراقة دمه بردته، فوجب أن يملكوا ماله بها، وعليه فلا تصح تصرفاته، ولا تملك بأسباب الملك[(٣)].

ونوقش: بأن زوال ملكه ليس كاملاً؛ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام، فالقول بأن عقوده منحلة مع احتمال رجوعه فيه نظر[(٤)].

القول الثالث: أن عقود المرتد لا تنحل بردته، بل تكون موقوفة، وهذا قول جمهور الفقهاء، فبه قال الحنفية فيمن ارتد ولم يلحق بدار الحرب[(٥)]، وهو قول المالكية[(٦)]، والأصح عند الشافعية[(٧)]، والمذهب عند الحنابلة[(٨)].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: أن المرتد وإن لحق بدار الحرب فهو حي، والحي لا

---

(١) ينظر: الحاوي (١٠/ ٤٨٩) - المهذب (١/ ٢٦١) - روضة الطالبين (١٠/ ٧٨) - مغني المحتاج (٥/ ٤٤٠).

(٢) ينظر: المغني (٩/ ٩) - الكافي (٤/ ٦٣) - المبدع (٧/ ٤٩٢) - الإنصاف (١٠/ ٣٤٠).

(٣) ينظر: المغني (٩/ ٩) - الكافي (٤/ ٦٣).

(٤) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٢٠٦.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٣٧) - الهداية (٢/ ٤٠٧) - الاختيار (٤/ ١٤٧) - تبيين الحقائق (٣/ ٢٨٧).

(٦) ينظر: المدونة (٢/ ٢٢٧، ٥٢٦) - النوادر والزيادات (٧/ ٣٢٥) - الشرح الكبير (٤/ ٣٠٦) - منح الجليل (٩/ ٢١٧).

(٧) ينظر: الحاوي (١٠/ ٤٨٩) - البيان (٨/ ٤٠٠) - روضة الطالبين (١٠/ ٧٨) - أسنى المطالب (١/ ٣٥٤) - مغني المحتاج (٥/ ٤٤٠).

(٨) ينظر: المغني (٩/ ٩) - المبدع (٧/ ٤٩٢) - الإنصاف (١٠/ ٣٤٠) - كشاف القناع (٦/ ١٨١) - مطالب أولي النهى (٦/ ٣٠١).

يورث، فلا يزول ملك المرتد عن أمواله، حتى وإن كان حلال الدم، وإذا لم يزل ملكه لم ينحل عقده.

ثانياً : أن الردة سبب يبيح دمه، فلم يزل ملكه بها كزنا المحصن.

ثالثاً : أن زوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك، كالقاتل في المحاربة، وكالكافر الحربي، فإن الكافر الحربي ملكه باقٍ مع كونه في دار الحرب، فمثله من ارتد(١).

الترجيح : الراجح هو القول الثالث المتضمن أن المرتد لا تنحل عقود بردته، بل تبقى موقوفة، فإن رجع إلى الإسلام نفذت، وإن بقي على ردته قتل بسببها، وانحلت عقوده بموته، وهذا القول هو الراجح ؛ لقوة أدلته، ولأن فيه ترغيباً للمرتد بالعودة إلى الإسلام.

وبناءً على ما تقدم فإن العقد الطبي إذا ارتد فيه أحد العاقدين : الطبيب، أو المريض بقي العقد موقوفاً، فإن عاد المرتد إلى الإسلام نفذ عقده، وإن بقي على ردته، وقتل بسببها انحلت عقوده التي تقبل الانحلال، كعقد الإجارة إذا وقع على عين الأجير، وكعقد الجعالة.

---

(١) ينظر: المغني (٩/٩) - الكافي (٤/ ٦٣) - كشاف القناع (٦/ ١٨١).

المطلب الثاني
انحلال العقد الطبي بسبب الاختلاف بين المتعاقدين

المراد باختلاف المتعاقدين: أن يحصل بين طرفي العقد بعد انعقاده خلاف لا يرتفع(١).

والاختلاف بين المتعاقدين يرد في سائر العقود، ففي البيع قد يكون الاختلاف في وجود عقد البيع، أو في عين المبيع، أو في صفته، أو في جنسه، أو في وجود رهن أو كفيل، أو في قدر المبيع(٢).

والذي يهمنا هنا ما له صلة بانحلال العقد، وهو ما ذكره جملة من الفقهاء من أن المتبايعين إذا اختلفا في جنس الثمن أو قدره ونحو ذلك تحالفا وتفاسخا، وهذا اختيار لجملة من الفقهاء عند الاختلاف في جنس العقد، أو صفته، أو صحته، أو قدر المبيع، أو تعيينه، أو اشتراط الأجل، أو انتهائه(٣).

ولكن ما مدى انحلال العقد بمجرد التحالف؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن العقد لا ينحل بمجرد التحالف، بل يحتاج لحكم

---

(١) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٢١٤.

(٢) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (٧/ ١٠٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٢)- تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٤) - البحر الرائق (٧/ ٢١٨) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٥٩- ٥٦٠) - الذخيرة (٥/ ٣٢١) - مواهب الجليل (٤/ ٥٠٩-٥١١) - شرح الخرشي (٥/ ١٩٥-٢٠٠) - الشرح الكبير (٣/ ١٨٨-١٩١) - الحاوي (٥/ ٢٩٩) - البيان (٥/ ٣٦٨) - روضة الطالبين (٣/ ٥٧٧-٥٨١) - أسنى المطالب (٢/ ١١٤) - الفروع (٤/ ١١٣) - الإنصاف (٤/ ٤٥٤-٤٥٦) - كشاف القناع (٤/ ٣٠٠)

حاكم، وهذا أصح القولين عند الحنفية[١]، وقول عند المالكية[٢]، وأصح قولي الشافعية[٣].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : أن العقد الذي تحالفا عليه عقد صحيح، فلا ينحل بتحالفهما، قياساً على البينة، فلو أقام كل واحد من المتداعيين بينة على ما يدعيه لم ينفسخ العقد بها، فكونه لا ينفسخ بمجرد التحالف أولى[٤].

ويمكن أن يناقش: بأن القياس قياس مع الفارق ؛ لأن البينة لا بد فيها من نظر الحاكم؛ ليحكم بأصح البينات وأقواها، أما التحالف إذا وقع من المتعاقدين لم يحتج معه لحكم الحاكم.

ثانياً : أن المتعاقدين لما تحالفا لم يثبت ما يدعيه كل واحد منهما، وقد اعترفا بالبيع، فصار البيع بثمن مجهول، فيفسخ الحاكم قطعاً للمنازعة[٥].

ويمكن أن يناقش : بأن تراضيهما على الثمن بعد تحالفهما كافٍ، ولا يحتاج معه لحكم حاكم.

القول الثاني : أن العقد ينحل بمجرد التحالف، ولا يحتاج إلى

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩) - تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٥) - البحر الرائق (٧/ ٢٢٠) - مجمع الأنهر (٢/ ٢٦٣) - حاشية ابن عابدين (٧/ ٤٦٩).

(٢) ينظر: التاج والإكليل (٦/ ٤٦٩) - شرح الخرشي (٥/ ١٩٦) - الفواكه الدواني (٢/ ٢٢٨).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٨٣) - مغني المحتاج (٢/ ٥١٠) - حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٢١٤).

(٤) ينظر: المغني (٤/ ١٤٥).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩) - حاشية ابن عابدين (٧/ ٤٦٩).

حكم حاكم، وهذا قول عند الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، وهو المنصوص عليه عند الحنابلة[٤].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال : (إذا اختلف البيِّعان ولم تكن بينة، فالقول قول البائع، أويَتَرادَّانِ البيع)[٥].

وجه الدلالة : في قوله (يترادان البيع) دليل على أنهما إذا تراضيا على ذلك جاز بلا خلاف، فلا يكون لهما خلاص عن النزاع إلا التفاسخ، وأن لهما تراد البيع من غير حاجة إلى حكم حاكم[٦].

ويمكن أن يناقش : بأن الحديث فيه ضعف كما هو بين في تخريجه.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩) - تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٥) - البحر الرائق (٧/ ٢٢٠).

(٢) ينظر: التاج والإكليل (٦/ ٤٦٩) - شرح الخرشي (٥/ ١٩٦) - الفواكه الدواني (٢/ ٢٢٨).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٨٣) - مغني المحتاج (٢/ ٥١٠) - حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٢١٤).

(٤) ينظر: المغني (٤/ ١٤٥) - المبدع (٤/ ١١١) - الإنصاف (٤/ ٤٤٧) - شرح المنتهى (٢/ ٥٥).

(٥) الحديث أخرجه بلفظه أحمد في مسنده برقم (٤٤٤٧)، وبألفاظ مقاربة مع زيادات (والبيع قائم بعينه) (والسلعة كما هي لم تستهلك) أخرجه الدارمي في سننه برقم (٢٥٩١)، وابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان برقم (٢١٨٦)، والبزار في مسنده برقم (١٩٩٥)، وأبو يعلى في معجمه برقم (٤٩٨٤) والدارقطني في سننه برقم (٢٨٦٠)، والبيهقي في الكبرى برقم (١١١٢٨)، وقال عنه ابن عبدالبر: " هذا الحديث وإن كان في إسناده مقال من جهة الانقطاع مرة،وضعف بعض نقلته أخرى فإن شهرته عند العلماء بالحجاز والعراق يكفي ويغني "، وضعفه ابن عبدالهادي، والذهبي، وابن الملقن، وصححه بمجموع طرقه الألباني في الإرواء. ينظر: مسند أحمد (٤/ ٢٦٢) - سنن الدارمي (٣/ ١٦٦١) - سنن ابن ماجة (٣/ ٣٠٦) - مسند البزار (٥/ ٣٦٤) - مسند أبي يعلى (٨/ ٣٩٩) - سنن الدارقطني (٣/ ٤١٢) - السنن الكبرى، البيهقي (٨/ ١٤١) - التمهيد (٢٤/ ٢٩٣) - تنقيح التحقيق، ابن عبدالهادي (٢/ ٥٦١) - تنقيح التحقيق، الذهبي (٢/ ٩٢) - البدر المنير (٦/ ٥٩٦) - إرواء الغليل (٥/ ١٧١).

(٦) ينظر: المغني (٤/ ١٤٥) - نيل الأوطار (٥/ ٢٦٦).

ويمكن أن يجاب : بأن الحديث قد صححه جملة من أهل العلم، ويكفي في ذلك قول ابن عبدالبر رحمه الله : " هذا الحديث وإن كان في إسناده مقال من جهة الانقطاع مرة وضعف بعض نقلته أخرى فإن شهرته عند العلماء بالحجاز والعراق يكفي ويغني "(١).

الدليل الثاني : قياس انفساخ العقد بين المتحالفين على انفساخ النكاح بمجرد التلاعن بين الزوجين، دون أن يفتقر ذلك إلى حكم حاكم(٢).

ونوقش : بأن القياس على اللعان قياس مع الفارق ؛ ذلك أن اللعان في النكاح، والنكاح يحترز فيه، ويحتاط له، وثبتت حرمة التفريق في اللعان تعبداً وحقاً للشرع، أما فسخ العقد فهو حق للعاقدين(٣).

الدليل الثالث : أن المقصود من التحالف حل العقد، فإذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة، فينحل العقد بمجرد تحالفهما(٤).

الترجيح : الراجح القول الثاني المتضمن أن العقد ينحل بمجرد التحالف، ولا يحتاج إلى حكم حاكم ؛ وذلك لقوة أدلته، ولأن المقصود الأعظم من التحالف حل العقد، فإذا حصل فلا حاجة لحكم الحاكم، ولأن في اللجوء إلى الحاكم زيادة في الأمد، وطول في المدة، ولا حاجة لها.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخلاف في هذه المسألة لفظي ؛ لأن الذين يقولون لا بد في الفسخ من حكم الحاكم يقولون بانحلال

---

(١) التمهيد (٢٤/ ٢٩٣).

(٢) ينظر: التاج والإكليل (٦/ ٤٦٩).

(٣) ينظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٥).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩) - المبدع (٤/ ١١١).

العقد عند التراضي، سواءً اعتبر من قبيل الفسخ، أو من قبيل الإقالة، وذهب البعض إلى أن الخلاف معنوي وتظهر ثمرته : في أنه إذا رضي أحدهما بما قال الآخر بعد التحالف وقبل الحكم بفسخ العقد فعلى القول بأن الفسخ يحتاج إلى حكم حاكم له أن يأخذه، وعلى القول الآخر ليس له ذلك ؛ لحصول الفسخ بمجرد التحالف[١].

وبناءً على ما سبق : فإن المتعاقدين في العقد الطبي : الطبيب أو المريض متى تحالفا انفسخ العقد الطبي المبرم بينهما، ولم يحتج إلى حكم حاكم بينهما.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٤) - التاج والإكليل (٦/ ٤٦٩)- شرح الخرشي (٥/ ١٩٦) - مغني المحتاج (٢/ ٥١٠) - المغني (٤/ ١٤٥) - المعاملات المالية، الدبيان (٧/ ٢٣٠، ٢٣٢) - أسباب انحلال العقود المالية ص٢٤٧.

المطلب الثالث

انحلال العقد الطبي بالإقالة

الإقالة هي : رفع العقد المبرم ونقضه وإزالته[١].

وقيل أن يتفق الطرفان على رفع عقد سابق بينهما، وإلغاء حكمه وآثاره[٢].

وهذا التعريف الثاني أقرب دلالة، وأوضح صياغة.

الإقالة مخرج شرعي لطرفي العقد عندما يريدان الخروج من تعاقدهما اللازم بتراضيهما.

والإقالة جائزة ومشروعة في البيع ونحوه، ويدل على ذلك ما يلي :

أولاً : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (من أقال مسلماً أقال الله عثرته) وفي رواية : (من أقال نادماً...)[٣].

وجه الدلالة : الحديث يدل على مشروعية الإقالة، وأنها من الأفعال الحسنة المندوب إليها[٤].

ثانياً : الإجماع على جوازها[٥].

(١) ينظر: طلبة الطلبة ص٢٦٢ - أنيس الفقهاء ص٧٦ - شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٧٩) - معجم مقاليد العلوم ص٥٣ - المطلع ٢٨٥.

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٦٢٤)- الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/ ٣٢٤)- معجم المصطلحات الاقتصادية ص٨٣٠.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٥١٨.

(٤) ينظر: الاستذكار (٦/ ٣٨)- سبل السلام (٢/ ٤٥) - عون المعبود (٩/ ٢٣٧).

(٥) ينظر: مراتب الإجماع ص١٥٥ - الإقناع، ابن القطان (٤/ ١٨٢٤) - البناية (٨/ ٢٢٤) - فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٤٨٦) - البحر الرائق (٦/ ١١١) - عون المعبود (٩/ ٢٣٧) - حاشية الروض المربع (٤/ ٤٨٦).

قال ابن حزم: " واتفقوا أن من أقال بعد القبض بلا زيادة يأخذها، أو حطيطة يحطها أن ذلك جائز "(١)

ثالثاً: أن الإقالة من محاسن الأخلاق، ومكارم العادات التي حث الشارع عليها، ففيها إزالة للغم عن النادم، وتفريج للكرب عن المكروب، وهي وجه من وجوه البر والإحسان(٢).

اختلف الفقهاء في الإقالة هل هي بيع أو فسخ، ومن خلال عرض خلافهم يتبين حكم انحلال العقد الطبي بالإقالة، وخلافهم في ذلك على قولين في الجملة:

القول الأول: أن الإقالة بيع لا فسخ، وهذا قول أبي حنيفة في حق غير العاقدين، وقول أبي يوسف مطلقاً في حق العاقدين وغيرهما إلَّا إذا تعذر جعلها بيعاً(٣)، وهو مذهب المالكية(٤)، وقول عند الشافعية(٥)، ورواية عند الحنابلة(٦)، وهو قول ابن حزم(٧).

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: أن حقيقة البيع مبادلة مال بمال بالتراضي، وهذا

---

(١) مراتب الإجماع ص١٥٥.

(٢) ينظر: البحر الرائق (٦/ ١١١) – الاستذكار (٦/ ٣٨٨) - عون المعبود (٩/ ٢٣٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦) - الهداية (٣/ ٥٤) - تبيين الحقائق (٤/ ٧٠) - حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٤).

(٤) واستثنى المالكية ثلاثة أشياء فقالوا: الإقالة فيها ليست بيعاً، وهي: الإقالة في الطعام قبل قبضه، والأخذ بالشفعة، وبيع المرابحة. ينظر: المدونة (٣/ ١١٦) - الذخيرة (٧/ ٣٥٤) – الشامل (١/ ٥٩٢)- مواهب الجليل (٤/ ٤٨٥)

(٥) ينظر: البيان (٥/ ٤٥١) - المجموع (٩/ ٢٦٩) - روضة الطالبين (٣/ ٤٩٥).

(٦) ينظر: المغني (٤/ ٩٢) - المبدع (٤/ ١٢٢) - الإنصاف (٤/ ٤٧٥).

(٧) ينظر: المحلى (٧/ ٤٨٤).

موجود في الإقالة، والعبرة في العقود بالحقائق والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، والإقالة أعطيت حكم البيع في كثير من الأحكام: كاشتراط الرضا، وكون المبيع قائماً وقت الإقالة، وغيرها[(١)].

ونوقش: بأن الإقالة ليست مبادلة مال بمال، بل هي رجوع عن المبادلة[(٢)].

الدليل الثاني: أن المبيع قد عاد إلى بائعه على الجهة التي خرج عليه منها، ولأن طريق الوصول إليها كطريق الوصول إلى البيع، ولما كان الأول بيعاً فكذلك الثاني[(٣)].

ونوقش: بأن قياس الإقالة على البيع الأول قياس مع الفارق؛ لأن الأول قد وقع بلفظ يصح به البيع ابتداءً، بخلاف الإقالة فإن اللفظ الذي تقع به لا يصح به البيع ابتداءً[(٤)].

الدليل الثالث: أن الإقالة لو كانت فسخاً لما جازت إلَّا برد عين الثمن نفسه، لا بغيره، ولا بدله[(٥)].

ونوقش: بأن من قال أنها فسخ شرط أن تكون بمثل الثمن الأول، وهذا دليل كونها فسخاً لا بيعاً[(٦)]

الدليل الرابع: استدل أبو حنيفة على مذهبه بكونها فسخاً في حق المتعاقدين، بيع في حق غيرهما: بأنه لا يمكن جعل الإقالة بيعاً في حق

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦) - القوانين الفقهية ص٢٩٤ - المغني (٤/ ٩٢).
(٢) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٣٤٢.
(٣) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٤٨٦) - المغني (٤/ ٩٢).
(٤) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٣٤٢.
(٥) ينظر: المحلى (٧/ ٤٨٤).
(٦) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٣٤٢.

المتعاقدين ؛ لأنه لا يمكن ذلك، للتنافي بين البيع والفسخ، أما في حق غيرهما فلا منافاة، وفي ذلك مصلحة ظاهرة للطرف الثالث حتى لا يفوته مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة ؛ إذ هي تثبت في البيع، لا في الفسخ[١].

ونوقش : بأن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما ؛ لأن حقيقة الفسخ لا تختلف من شخص إلى شخص، والأصل اعتبار الحقائق[٢].

القول الثاني : أن الإقالة فسخ لا بيع، وهذا قول أبي حنيفة في حق المتعاقدين، وقول محمد بن الحسن إلَّا إذا تعذر جعلها فسخاً، وقول زفر[٣]، وهو قول عند المالكية[٤]، وهو مذهب الشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (من أقال مسلماً أقال الله عثرته)[٧].

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ سماها إقالة، والإقالة: رفع العقد

---

(١) ينظر: تبين الحقائق (٤/ ٧١) - حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٧-١٢٨).

(٢) ينظر: المغني (٤/ ٩٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦) - الهداية (٣/ ٥٤) - تبيين الحقائق (٤/ ٧٠) - حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٤).

(٤) ينظر: المنتقى (٤/ ٢٨١) - شرح زروق على الرسالة (٢/ ١١١) - حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٣).

(٥) ينظر: الأم (٣/ ٧٨) - البيان (٥/ ٤٥١) - روضة الطالبين (٣/ ٤٩٥) - مغني المحتاج (٢/ ٤٥٥).

(٦) ينظر: شرح الزركشي (٣/ ٥٤٩) - المبدع (٤/ ١٢٢) - الإنصاف (٤/ ٤٧٥) - كشاف القناع (٣/ ٢٤٨).

(٧) الحديث سبق تخريجه ص٨٣٠.

وفسخه، ولم يسمها بيعاً لأن الرفع لا يمكن أن يكون بيعاً، والأصل في الاصطلاحات الشرعية تسميته ﷺ[١].

ونوقش : بأن الحديث إنما ورد في الحث على الإقالة، وليس فيه ما يدل على أن الإقالة لا تسمى بيعاً[٢]

ويمكن أن يجاب : بأن دلالة اللغة تقتضي ذلك، ودلالة اللغة معتبرة في هذا وأمثاله.

الدليل الثاني : قال ابن المنذر : في إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، مع إجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعاً[٣].

ونوقش : بأن " دعواهم الإجماع على جواز الإقالة في السلم قبل القبض فباطل.... وما وقع الإجماع قط على جواز السلم، فكيف على الإقالة فيه "[٤].

ويمكن أن يجاب : بأن الإجماع على جواز الإقالة في السلم قد حكاه غير واحد من أهل العلم كابن المنذر وغيره[٥]، وأما السلم فقد أجمع العلماء عليه[٦].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦) - المغني (٤/ ٩٢).

(٢) ينظر: المحلى (٧/ ٤٨٤).

(٣) ينظر: الإشراف، ابن المنذر (٦/ ١٤١) - المغني (٤/ ٩٢).

(٤) ينظر: المحلى (٧/ ٤٨٤).

(٥) ينظر: الإشراف، ابن المنذر (٦/ ١٠٩) - الإقناع، ابن القطان (٤/ ١٨٢٤).

(٦) ينظر: الإشراف (٦/ ١٠١) - تبيين الحقائق (٤/ ١١٠) - عمدة القاري (١٢/ ٦١) - البناية (٨/ ٣٢٩) - درر الحكام شرح الغرر (٢/ ١٩٤) - البحر الرائق (٦/ ١٦٩) - مجمع الأنهر (٢/ ٩٧) - درر الحكام شرح المجلة (١/ ٤١١) - شرح ابن بطال (٦/ ٣٦٥) - القبس =

الدليل الثالث : أن معنى الإقالة الرفع والإزالة، وليس هذا هو معنى البيع، فاختلافهما في التسمية يدل على اختلافهما في الحكم، فالبيع إثبات، والرفع نفي، وبينهما تناف، والبيع يصلح للعقد، والإقالة تصلح للحل، وما يصلح للحل لا يصلح للعقد، وما يصلح للعقد لا يصلح للحل(١).

الدليل الرابع : أن الإقالة تفارق البيع من أوجه : فهي تجوز في المسلم فيه قبل قبضه، فلم تكن بيعاً، ولأنها تتقدر بالثمن الأول، ولو كانت بيعاً لم تتقدر به، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع، فكان فسخاً، كالرد بالعيب(٢).

الترجيح : الراجح القول الثاني المتضمن أن الإقالة فسخ لا بيع، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي :

أولاً : قوة أدلتهم، فالنص الوارد في الإقالة لا يمكن حمل معناه على البيع ؛ لأن الإقالة تخالف البيع وتنافيه اسماً ولغة ومدلولاً.

ثانياً : أن اعتبار الإقالة فسخاً أنفع للمتعاقدين، وأضبط للعقد، وفيه

= (٢/ ٨٣٢) - الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٧٩) - الذخيرة (٥/ ٢٢٤) - مواهب الجليل (٤/ ٥١٤) - كفاية الطالب (٢/ ١٧٧) - منح الجليل (٥/ ٣٣١) - شرح النووي على مسلم (١١/ ٤١)- إحكام الأحكام (٢/ ١٣٢) - فتح الباري (٤/ ٤٢٨) - جواهر العقود (١/ ١١٥) - أسنى المطالب (٢/ ١٢٢) - الغرر البهية (٣/ ٥٢) - تحفة المحتاج (٥/ ٢) - مغني المحتاج (٣/ ٣) - الإقناع (٢/ ٢٩١) - نهاية المحتاج (٤/ ١٨٢) - الإفصاح (١/ ٣٠٣) - المغني (٤/ ٢٠٧) - الشرح الكبير (٤/ ٣١٢) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٩٥) - زاد المعاد (٥/ ٨٠٨) - شرح الزركشي (٤/ ٣) - المبدع (٤/ ١٧١) - كشاف القناع (٣/ ٢٨٩) - نيل المآرب (١/ ٣٦٢) - سبل السلام (٢/ ٦٨) - نيل الأوطار (٥/ ٢٦١).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦) - المبدع (٤/ ١٢٢)- كشاف القناع (٣/ ٢٥٠).

(٢) ينظر: المغني (٤/ ٩٢).

إزالة للغم عن النادم، وتفريج للكرب عن المكروب، وهذا من محاسن الشريعة ومقاصدها.

وبناءً على ما سبق : فإن طرفي العقد في العقد الطبي : الطبيب والمريض يصح لهما أن يتقايلا ، بأن يعبر كل منهما عن رغبته في إنهاء العقد وفسخه بعد إبرامه والرضى به، سواءً شرعا في التنفيذ أم لم يشرعا ، ومتى تقايلا كان ذلك فسخاً للعقد المبرم بينهما.

المبحث الثاني

انحلال العقد الطبي بأسباب تعود إلى العقد ذاته

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : انحلال العقد الطبي بانقضاء المدة.

المطلب الثاني : انحلال العقد الطبي بتحقق مقصود العقد.

المطلب الثالث : انحلال العقد الطبي بسبب عدم لزوم العقد.

المطلب الرابع : انحلال العقد الطبي بفوت شرط من الشروط.

المطلب الأول

انحلال العقد الطبي بانقضاء المدة

العقود تنقسم باعتبار التأقيت إلى قسمين :

القسم الأول : عقود غير مؤقتة، وهي نوعان : عقود لا تقع مؤقتة مطلقاً كالبيع، والنكاح، وعقود غير مؤقتة لكن تقبل التأقيت كالوكالة، والوصية.

القسم الثاني : عقود مؤقتة، من طبيعتها أن تحدد بمدة معينة من الزمن، أو تكون قابلة للتحديد، ومنها عقد الإجارة(١).

وانحلال العقد بانتهاء المدة إنما يكون في العقود التي تقبل التأقيت، ومنها عقد الإجارة، فمتى وقع عقد الإجارة على مدة معينة طويلة أم قصيرة انحل بانتهائها ؛ لأن المدة لا بد أن تكون محددة في عقد الإجارة، ولأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية(٢).

ولكن استثنى الفقهاء من انتهاء المدة إذا كان هناك عذر يقتضي عدم انحلال العقد، وذلك كمن استأجر أرضاً، وزرعها، ثم انتهت مدة

---

(١) ينظر: المنثور في القواعد (١/ ٢٤٠) - الأشباه والنظائر، السيوطي ص٢٨٢ - ضوابط العقد، التركماني ص٣٨٣ - الشروط العقدية ص٥٣ - تقسيمات العقود ص٢٣٢.

(٢) ينظر: المبسوط (١٥/ ١٣٧) - بدائع الصنائع (٤/ ١٨١)- تبيين الحقائق (٥/ ١٠٦) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٦) - شرح ابن بطال (٦/ ٤٧٠) - الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ٧٤٥) - البيان والتحصيل (٨/ ٤٤٣) - مواهب الجليل (٥/ ٤٠٩) - الحاوي (٧/ ٣٩٢)- المجموع (٩/ ٢٥٨) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٤)- مغني المحتاج (٣/ ٤٧٣) - المغني (٥/ ٣٢٣) - المبدع (٤/ ٤٢٥) - الإنصاف (٦/ ٤٠) - كشاف القناع (٤/ ٥) - المحلى (٧/ ١١).

الإجارة، والزرع باق لم يحصد بسبب مطر أو برد، ونحوه، ومثله من استأجر سفينة شهراً فمضت المدة، والمستأجر في وسط البحر، بسبب أمواج عاتية، أو رياح شديدة، فإن عقد الإجارة في مثل هذه الأحوال لا ينحل بانقضاء المدة، ويجب للمؤجر أجرة المثل ؛ لأنه حصل التأخر في استيفاء المنفعة بفعل خارج عن إرادة المستأجر، ولم يحصل منه عدوان ولا تفريط، ولأنه لا ينبغي الإضرار بالمستأجر، ولا المؤجر، فالمستأجر لا ينحل عقده، والمؤجر يجب له أجرة المثل، ولأن عقد الإجارة إذا كان يجوز حله بالأعذار فإنه ينبغي إبقاؤه بالأعذار(١).

وبالنظر إلى العقد الطبي يتبين : أن ضبط العقد على المنافع الطبية بزمن معين يقتضي أن تكون أحكام هذا العقد مستمرة وباقية ما بقيت الفترة الزمنية المتفق عليها، فإذا انتهت المدة المحددة انتهى العقد من تلقاء نفسه، ولا يكون لأحد العاقدين الحق في إلزام الطرف الآخر بعدم إنهاء العقد، ولا في تجديده، فالطبيب إذا أجرى عقداً علاجياً مع المريض يتولى بمقتضاه الإشراف على إجراء عملية جراحية، أو متابعة طبية، فإن الطبيب يعتبر ملزماً بتتبع حالة المريض ما دام عقد العلاج سارياً إلى أن تنتهي المدة الزمنية المتفق عليها، فإذا انتهت انتهى العقد بانتهائها، ولهما بعد ذلك إنهاء العقد أو تجديده برضاهما، غير أن من الأعمال الطبية ما يكون العقد فيها ينتهي أمده في لحظة يكون المريض فيها في مسيس الحاجة إلى استمرار العلاج، وترك الطبيب الاستمرار في

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٣) - البحر الرائق (٧/ ٣٠٧) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٤) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤٢٨) - المدونة (٣/ ٥٤٣) - الكافي، ابن عبدالبر (٢/ ٧٦١) - التاج والإكليل (٧/ ٥١٠) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٤٩) - الأم (٤/ ١٦) - المهذب (٢/ ٢٥٨) - البيان (٧/ ٣٥٥) - أسنى المطالب (٢/ ١٩٧) -الكافي، ابن قدامة (٢/ ١٨٣) - الشرح الكبير (٦/ ١٤١) - الفروع (٧/ ٢٣٣) - الإنصاف (٦/ ٨٣).

علاج مريضه يفضي إلى إلحاق ضرر محقق به، وإتلاف شيء من أطرافه، وقد يصل الضرر إلى نفسه، كالمريض إذا كان تحت التخدير، ففي هذه الحالة لا ينحل العقد بانتهاء المدة، والواجب على الطبيب أن يستمر في تعاقده ؛ لأن هذا هو المتفق مع مقاصد الشريعة في صيانة الأنفس، والحفاظ على الأرواح، " لأن الإجارة كما تُنْتَقَض بالأعذار تبقى بالأعذار "(١)، ولأن " التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز، ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه "(٢) فإذا كان هذا في العقود الجائزة التي من طبيعتها عدم اللزوم، ففي اللازمة إذا ترتب عليها ضرر من باب أولى.

وعليه : فإن الطبيب إذا أجرى العقد مع المريض على عمل معين في مدة معلومة جاز لكل منهما أن ينهي العقد بانتهاء مدته المتفق عليها، ما لم تكن حالة المريض تستدعي بقاء الطبيب بجانبه، فحينئذ يجب على الطبيب الاستمرار في مواساته(٣).

وأما فسخ العقد الطبي قبل انتهاء مدته فلا يخلو من حالتين(٤) :

الحالة الأولى : أن يفسخه الطبيب بإرادته المنفردة، فلا يحق له ذلك إلا إذا رضي المريض، فإن امتنع الطبيب وتوقف عن علاج المريض سقط أجره فيما بقي من المدة.

الحالة الثانية : أن يفسخه المريض بإرادته المنفردة، فإن وافقه

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٨٤).
(٢) القواعد، ابن رجب ص١١١.
(٣) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٢٨٢- ٢٨٥.
(٤) ينظر: المصدر السابق ص٢٨٦ - ٢٨٧.

الطبيب ورضي بذلك فلا إشكال، وإن لم يرض الطبيب فقد اختلف الفقهاء في حكم فسخه على قولين:

القول الأول: أن للمريض الحق في فسخ العقد مع الطبيب قبل انتهاء المدة، ولا يجبر على تمكين الطبيب من معالجته، ولا أجر للطبيب على مجرد العقد، وهذا قول الحنفية(١).

واستدلوا: بأن العقد الوارد على منفعة الطبيب عقد إجارة، والإجارة تنفسخ عندهم بالعذر الذي هو: العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، فكل فعل يكون سبباً في نقص المال، أو البدن، أو تلفه فهو عذر في فسخ الإجارة(٢).

ويمكن أن يناقش: بأنه لا خلاف في فسخ الإجارة عند تعذر الاستيفاء، لكن مضي المدة يوجب استحقاق الأجرة.

القول الثاني: أنه ليس للمريض الحق في فسخ العقد مع الطبيب قبل انتهاء المدة، ولا يجبر على العلاج إن رفضه، ولكن تلزمه الأجرة بمضي الوقت المتفق عليه، وهذا قول المالكية إذا لم يصدقه الطبيب(٣)، وقول الشافعية إذا سلم الطبيب نفسه ومضت مدة يمكنه فيها أداء العمل(٤)، وهو قول الحنابلة(٥).

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/ ٢) - الاختيار (٢/ ٦٢) - العناية (٩/ ١٤٧) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٨١).

(٢) ينظر: المبسوط (١٦/ ٢) - المحيط البرهاني (٧/ ١٣٧) - الاختيار (٢/ ٦٢).

(٣) ينظر: مواهب الجليل (٥/ ٤٣٣) - شرح الخرشي (٧/ ٣٠-٣١) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٣٠).

(٤) ينظر: الحاوي (٧/ ٣٩٤) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩).

(٥) ينظر: الإنصاف (٦/ ٧٥) - كشاف القناع (٤/ ١٤، ٢٧) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٤، ٦٦٠).

واستدلوا: بأن الإجارة عقد لازم، وقد بذل الأجير ما عليه، وسلم نفسه، والإجارة تستحق بمضي المدة، وقياساً على وجوب الأجرة على من استأجر داراً مدة من الزمن، فمضت المدة ولم يسكنها[1].

الترجيح: الراجح القول الثاني المتضمن أن المريض لا يحق له فسخ العقد مع الطبيب قبل انتهاء المدة خاصة مع تسليم الطبيب نفسه وقيامه بعمله؛ وذلك لقوة دليله، واتفاقه مع قواعد عقد الإجارة، وتحقيقه مصلحة طرفي العقد.

(١) ينظر: الحاوي (٧/ ٣٩٤) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩) - كشاف القناع (٤/ ١٤) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٤)

المطلب الثاني

انحلال العقد الطبي بتحقق مقصود العقد

يقصد بتحقق مقصود العقد : إتمام العمل المتعاقد عليه، وحصول الغرض المراد من التعاقد[١].

فإذا وقع عقد الإجارة على عمل معين فإن العقد ينحل بإتمام ذلك العمل ؛ لأن إتمام العمل هو الغرض المقصود من العقد[٢].

أما إذا جمع بين تقدير المدة والعمل فقد اتفق المصححون للجمع بين المدة والعمل على انحلال عقد الإجارة بإتمام العمل قبل انتهاء المدة ؛ لأنه بإتمام العمل تحقق الغرض من العقد، ووفى الأجير ما عليه فلا يلزمه شيء آخر، قياساً على قضاء الدين قبل حلول أجله[٣].

وأما إذا انتهت المدة قبل إتمام العمل فقد اختلف الفقهاء في انحلال العقد على قولين :

القول الأول : أن العقد ينحل بانتهاء مدته، ولو لم يفرغ من العمل، وهذا وجه عند الشافعية[٤]

---

(١) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٣٩٧.

(٢) ينظر: التلقين (٢/ ١٥٩) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٦٦) - المهذب (٢/ ٢٤٤)- مغني المحتاج (٣/ ٤٤٢) - الإنصاف (٦/ ٤٤) - كشاف القناع (٤/ ١١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥) - الهداية (٣/ ٢٤٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣١) - الذخيرة (٥/ ٤٢٠) - مواهب الجليل (٥/ ٤١٠-٤١١) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ١٢-١٣) - نهاية المطلب (٨/ ٧٥) - فتح العزيز (٦/ ١٠٥) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٩) - المغني (٥/ ٣٢٥) - المبدع (٤/ ٤٣٠) - الإنصاف (٦/ ٤٥).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٨/ ٧٥) - فتح العزيز (٦/ ١٠٥) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٩).

واستدلوا : بأن العقد ينحل بما يحصل أولاً، فإذا انتهت المدة قبل الفراغ من العمل فقد انحل العقد[(١)].

ويمكن أن يناقش : بأن العقد على العمل يقصد بذاته، فلا ينحل العقد إلَّا بالوفاء به.

القول الثاني : أن العقد لا ينحل إلَّا بإتمام العمل، وهذا قول أبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[(٢)]، وقول عند المالكية[(٣)]، ووجه عند الشافعية[(٤)]، ورواية عند الحنابلة[(٥)].

واستدلوا: بأن العقد يقع على العمل، وهو المعتبر، وذكر الوقت إنما هو للتعجيل، لا لتعليق العقد به[(٦)]

الترجيح : الراجح : القول الثاني المتضمن أن العقد إذا وقع على العمل فإنه لا ينحل إلا بإتمامه، سواءً ذكر العمل فقط، أم جمع بين المدة والعمل، وسواءً تحقق الغرض من العقد قبل انتهاء المدة، أم بعد انتهائها ؛ لأن العقد على العمل يقصد بذاته، فلا ينحل العقد إلَّا بالوفاء به.

وفي عقد الجعالة : إذا أتم العامل العمل المعقود عليه فقد استحق الجعل، وانحل عقد الجعالة ؛ لأن المعقود عليه في الجعالة إتمام هذا العمل، فإذا تم العمل فقد تحقق الغرض من العقد، أما إذا عمل العامل

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ١٨٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥) - الهداية (٣/ ٢٤٠) - تبيين الحقائق (٥/ ١٣١).

(٣) ينظر: الذخيرة (٥/ ٤٢٠) - مواهب الجليل (٥/ ٤١٠-٤١١) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ١٢-١٣).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٨/ ٧٥) - فتح العزيز (٦/ ١٠٥) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٩).

(٥) ينظر: المغني (٥/ ٣٢٥) - المبدع (٤/ ٤٣٠) - الإنصاف (٦/ ٤٥).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥) - الذخيرة (٥/ ٤٢٠) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٩)- المغني (٥/ ٣٢٥).

بعض العمل المعقود عليه فإنه لا يستحق شيئاً من الجعل، ولا ينحل عقد الجعالة؛ لأن العامل لم يف بما شرط عليه، ويستحق الجعل مقابله، وهو إتمام العمل(١).

وبناءً على ما تقدم: فإن الطبيب في صورة عقد الإجارة إذا أتم العمل المتعاقد عليه وفق ما اتفق عليه هيئة وصفة فإن العقد ينتهي بانتهائه من تلقاء نفسه، ولا يحق لأحد العاقدين أن يلزم الآخر بالإبقاء على العقد أو تجديده، فلو اتفق الطبيب مع المريض على إجراء عملية جراحية لإزالة ورم في بدنه، فإن العقد ينتهي بانتهاء الطبيب من إتمام خياطة الجرح، والاطمئنان على نجاح العملية حسب تقدير أهل الصناعة الطبية(٢).

فإذا لم يتم الطبيب العمل الطبي، كأن يترك العملية الجراحية دون إتمام، أو يتمها لكنه لم يقم بخياطة الجرح فإن العقد لا ينفسخ، ولا يحق للطبيب فسخه إلَّا إن وافقه المريض، وإن رفض المريض بقي العقد، ولا يخلو حال الطبيب من أحد ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن يقوم الطبيب بإتمام عمله الطبي على الوصف المتفق عليه، فينفسخ العقد بإتمام الطبيب عمله، ويكون ذلك فسخاً شرعياً، ويأخذ الطبيب أجره كاملاً لوفائه بمقتضى العقد.

---

(١) ينظر: المقدمات الممهدات (٢/ ١٧٥) - القوانين الفقهية ص ٢٩٨ - التاج والإكليل (٧/ ٥٩٦) - الشرح الكبير، الدردير (٤/ ٦٣) - المهذب (٢/ ٢٧٢) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢) - مغني المحتاج (٥/ ٤٦٦) - حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٢٣٩) - الكافي، ابن قدامة (٢/ ١٨٧) - شرح الزركشي (٤/ ٣٤٠) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٣) - القواعد والأصول الجامعة، السعدي ص١٣٠ - الجعالة، الخفيف ص ١٣٠ - الجعالة، الجميلي ص١٥٣.

(٢) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٢٩٣ - ٢٩٤.

الأمر الثاني : أن يفعل الطبيب بعض أجزاء العمل الطبي، ويترك بعضه، وهذا لا يخلو من احتمالين :

الاحتمال الأول : أن يترتب بسبب ذلك ضرر على المريض في نفسه أو ماله، كمريض يحتاج لعملية جراحية، فيقوم الطبيب بفحصه، وتشخيصه، ويطلب منه الأشعة اللازمة، ثم يمتنع عن إجراء العملية الجراحية، فامتناع الطبيب هنا يترتب عليه ضرر بالمريض مالي ؛ حيث إن المريض سيدفع تكاليف الفحص مرة أخرى، وبدني ؛ حيث إن بعض الفحوص قد تسبب للمريض ضرراً ببدنه كالأشعة ونحوها، فالواجب هنا : أن يرجع المريض على الطبيب بقيمة المنفعة التي فوتها الطبيب عليه، ويلزم الطبيب بجبر الضرر الحاصل على المريض بتعويضه عن الضرر الذي تسبب فيه، قياساً على العامل إذا غاب عن العمل، ونتج عن غيابه ضرر، وفي ذلك يقول ابن قدامة : " فإن ضَرَّ المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فَوَّت عليه "(١).

الاحتمال الثاني : أن لا يحصل من فعل الطبيب ضرر، كأن يجري فحوصاً على بدن المريض ليس من شرطها أن تكون سابقة للعملية الجراحية فقيل : يأخذ الطبيب أجرة ما قدم من منفعة، وقيل : لا يستحق شيئاً من الأجرة ؛ لأنه لم يأت بما اتفق عليه مع المريض، ولأن العمل في البعض غير منتفع به، فلا يتوزع الأجر على أجزاء المنفعة.

الأمر الثالث : أن يمتنع الطبيب عن إتمام العمل، فإن كان العقد الطبي تم مع طبيب بعينه دون غيره فليس له أن يقيم أحداً مقامه ؛ لأن العقد وقع على عمله بنفسه، وللمريض في هذه الحالة أن يفسخ العقد

---

(١) المغني (٥/ ٣٤٤) - الشرح الكبير (٦/ ٥٩).

ويقيل الطبيب، أو أن يرضى بمن أقامه الطبيب مقامه، أو أن يصبر حتى يفي الطبيب بالعقد ويؤدي المنفعة الواجبة عليه، وأما إن كان العقد الطبي ثابت في ذمة الطبيب، ولم يطلب منه أن يقوم بالعمل بنفسه، فللطبيب أن يقيم غيره مقامه إن رضي المريض بذلك، وإن لم يرض فله الفسخ، أو الصبر والانتظار، أو الرضا بمن أقامه الطبيب مقامه[(١)].

أما إذا كان العقد الطبي بين المريض والطبيب في صورة الجعالة فإنه ينتهي بإتمام العمل من الطبيب، فإذا لم يتمه الطبيب لم يستحق شيئاً.

(١) ينظر أقوال العلماء في حكم الاستنابة والتعويض عن الضرر واستحقاق الأجرة في بعض العمل في المصادر التالية المبسوط (١٥/ ٢٣١) - بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٨) - الهداية (٣/ ٢٣٣) - تبيين الحقائق (٥/ ١١١) - المدونة (٣/ ٤٤٨) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٦٦) - الذخيرة (٥/ ٣٨٢) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٠) - روضة الطالبين (٥/ ٢٢٤) - كفاية النبيه (١١/ ٢٨٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٣) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٢، ٤٧٨) - المغني (٥/ ٣٤١، ٣٤٤) - - قواعد ابن رجب ص١٢٧ - المبدع (٤/ ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٤٥) - الإنصاف (٦/ ٤٤، ٦٦، ٧٢) - كشاف القناع (٤/ ١١) - الإجارة الواردة على عمل الإنسان، الشريف ص٣٣٩ - العلاقة بين الطبيب والمريض، السيد رضوان ص٣٧ - العقد الطبي، المبارك ص٢٩٤ - ٢٩٩ - أحكام عقد العلاج، حلية ص٤٧٢ - طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب، آل الشيخ (٣/ ٢٨٥٨).

المطلب الثالث

انحلال العقد الطبي بسبب عدم لزوم العقد

ويقصد بذلك: أن يكون العقد غير لازم، بسبب طبيعته، أو بسبب اقترانه بالخيار[(١)].

وانتفاء صفة اللزوم عن العقد تعطي أحد الطرفين، أو كليهما الحق في التحلل من الرابطة العقدية، إما بإرادته، أو بحكم الشرع والقضاء[(٢)].

انحلال العقد الطبي بسبب عدم اللزوم لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: انحلال العقد الطبي بسبب عدم اللزوم في ذاته، وهذا يتحقق إذا كان العقد الطبي في صورة الجعالة، حيث إن عقد الجعالة الأصل فيه أنه عقد جائز إلَّا بعد تمام العمل فإنه يصبح لازماً، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء[(٣)].

ولكن يشترط في انحلال العقود الجائزة ألَّا يترتب ضرر على انحلالها، فإن ترتب ضرر على ذلك لم تنحل وإن كان من طبيعتها

---

(١) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٤٢٠ - نظرية الفسخ، حوران ص١٨٥.

(٢) ينظر: نظرية الفسخ، حوران ص١٨٥ - ١٨٦.

(٣) وذهب بعض المالكية إلى أن عقد الجعالة عقد لازم قبل الشروع في العمل، وفي أثنائه، ولا يحق للجاعل فسخه، واستدلوا: بأن في الجعالة معنى الإجارة، ودفعاً للضرر عن المجعول له. ينظر: التلقين (٢/ ٤٠٥) - البيان والتحصيل (٨/ ٤٨٣) - الذخيرة (٦/ ١٨) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - الحاوي (٨/ ٣١) - نهاية المطلب (٦/ ٧٣) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢) - المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٦) - مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٨).

الانحلال. فـ " التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز، ولم ينفذ، إلَّا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، فيجوز على ذلك الوجه"(١).

وقرر ذلك في المنثور بقوله : " العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع وصارت لازمة"(٢)

الحالة الثانية : انحلال العقد الطبي بسبب عدم اللزوم لاقترانه بالخيار :

الأصل لزوم العقد، والخيار عارض ؛ لأنه يخالف مقتضى اللزوم(٣)، حيث إن " الأصل في العقود أن لا خيار إلَّا ما وقع عليه نص"(٤) ؛ " لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه، ودفع الحاجات فيناسب ذلك اللزوم ؛ دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود"(٥).

والخيارات تثبت في العقود بأحد أمرين :

الأمر الأول : اشتراط العاقدين، واتفاقهما، كخيار الشرط.

الأمر الثاني : تقرير الشارع ؛ لمصلحة أحد العاقدين، وصيانة حقوقه ؛ لوجود شائبة، أو عيب في رضا أحد المتعاقدين، كالغبن، والإكراه، والغلط(٦).

---

(١) قواعد ابن رجب ص١١١.
(٢) المنثور، الزركشي (٢/ ٤٠١).
(٣) ينظر: المبسوط (١٧/ ٣٦٢) - الهداية (٣/ ٢٩) - البناية (٨/ ٦٨)- فتح القدير (٣/ ٢٩) - بداية المجتهد (٣/ ٩٤٦) - الفروق (٤/ ٣٦) - التاج والإكليل (٦/ ٣٠١) - مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩).
(٤) بداية المجتهد (٣/ ٩٤٦).
(٥) الفروق (٤/ ٣٦).
(٦) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٥٣٤) - الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٤٢٦ - نظرية الفسخ، حوران ص١٠٩ - انفساخ العقد، منار الصدر ص٥٥.

والخيار في العقود، ومنها العقد الطبي يحكمه عدد من الضوابط أهمها ما يلي[١]:

أولاً : الخيار يسلب صفة اللزوم عن العقد، فثبوت حق الخيار للعاقدين أو أحدهما في فسخ العقد يسلب عن العقود اللازمة صفة اللزوم المترتبة عليها بطبيعتها، وقد تبين أن الأصل في العقود اللزوم، وأن الخيار عارض ؛ لمخالفته مقتضى اللزوم في العقود[٢].

ثانياً : تصرف من له الخيار فيما انتقل إليه إمضاء للعقد، وفيما سينتقل عنه فسخ له، والمقصود بذلك : أن تصرف من يملك الخيار فيما كان سيدفعه إلى المتعاقد الآخر فسخ للعقد، أما تصرفه فيما حصل عليه بالتعاقد فهو إمضاء للعقد، شرط أن يكون ذلك التصرف دالاً على الرضا بالفسخ، أو الإجازة، صراحة، أو دلالة، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[٣].

جاء في التاج والإكليل : " الذي له الخيار من المتبايعين إذا وهب أو تصدق أو رهن أو آجر... فذلك كله رضا بالبيع ومن البائع رد له"[٤].

---

(١) ينظر: الخيار وأثره في العقود، أبو غدة ص ٧٤ - ٧٨ - نظرية الفسخ، حوران ص١١١-١٢٠.

(٢) ينظر: المبسوط (١٧/ ٣٦٢) - الهداية (٣/ ٢٩) - البناية (٨/ ٦٨)- فتح القدير (٣/ ٢٩) - بداية المجتهد (٣/ ٩٤٦) - الفروق (٤/ ٣٦) - التاج والإكليل (٦/ ٣٠١) - مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧) - العناية (٦/ ٣١٢) - فتح القدير (٦/ ٣١٤) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٨١) - التهذيب (٣/ ١٨١) - الذخيرة (٥/ ٣٨) - التاج والإكليل (٦/ ٣١٧) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٩٩) - الحاوي (٥/ ٦٣) - المهذب (٢/ ٦) - المجموع (٩/ ٢٠١) - حاشية الجمل على المنهج (٣/ ١٠٦) - المغني (٣/ ٤٨٧) - المبدع (٤/ ٧١) - الإنصاف (٤/ ٣٨٣) - الروض المربع ص٣٢٦.

(٤) التاج والإكليل (٦/ ٣١٧).

ثالثاً : الفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ، والمقصود : أنه متى فسخ أحد المتعاقدين وأجاز الآخر حال امتلاكهما الخيار كان السابق منهما في التصرف أولى من صاحبه، سواءً كان فسخاً أم إجازة ؛ لأنه برد السابق منهما ينفسخ العقد، والعقد المنفسخ لا تلحقه الإجازة ؛ لأنه معدوم، وبإجازة السابق منهما يبرم العقد، وبعد إبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه ؛ لأنه لازم، لكن إن وجد الأمران معاً : الفسخ، والإجازة، بأن فسخ أحدهما في وقت إجازة الآخر كان الفسخ أولى بالاعتبار ؛ لأنه يرد على الإجازة باعتبار كون العقد معها موجود، أما الإجازة فلا ترد على الفسخ ؛ لأن العقد معه معدوم(١).

رابعاً : إذا اختار العاقدان أو أحدهما إمضاء العقد لزم العقد، وسقط حقهما في انحلاله، سواءً كان ذلك في خيار المجلس(٢)، أو كان في خيار الشرط(٣)، أو كان في خيار الرؤية بشرط أن يكون ذلك بعد

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧١) - الهداية (٣/ ٣٢) - البحر الرائق (٦/ ٢٢) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٨٤) - الوسيط، الغزالي (٣/ ١١٥) - المجموع (٩/ ٢١٢) - أسنى المطالب (٢/ ٥٦).

(٢) خالف الحنفية والمالكية فلم يروا انحلال العقد لمجرد التفرق بالأبدان، وبناءً عليه فهم لا يرون سقوط حق العاقدين في انحلال العقد باختيار إمضاء العقد ؛ لأن حل العقد إبطال لحق الآخر، وهذا لا يصح، ووافقهم في عدم سقوط حق العاقدين في الانحلال بالإمضاء بعض الحنابلة مستدلين بأن الأحاديث الواردة في خيار المجلس عامة مطلقة غير مقيدة. ينظر : بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٨) - الهداية (٣/ ٢٣) - تبيين الحقائق (٤/ ٣) - البحر الرائق (٥/ ٢٨٥) - الإشراف (٢/ ٥٢٢)- الذخيرة (٥/ ٢٠) - التاج والإكليل (٦/ ٣٠١) - مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩) - المهذب (٢/ ٤) - روضة الطالبين (٣/ ٤٣٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤٧) - مغني المحتاج (٢/ ٤٠٦) - المغني (٣/ ٤٨٦) - الشرح الكبير (٤/ ٦٥) - الإنصاف (٤/ ٣٧٢) - كشاف القناع (٣/ ٢٠٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧) - الهداية (٣/ ٣١) - تبيين الحقائق (٤/ ١٨) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٨٠) الذخيرة (٥/ ٣٤) - مواهب الجليل (٤/ ٤٢٦) - المهذب (٢/ ٦) - روضة الطالبين (٣/ ٤٥٦) - مغني المحتاج (٢/ ٤٢٣) - المغني (٣/ ٤٨٦) - المبدع (٤/ ٦٧) - الإنصاف (٤/ ٣٧٣) - كشاف القناع (٣/ ٢٠٥).

حصولها[١]، أو كان ذلك في خيار العيب إذا علم به العاقد وصدر منه ما يدل على رضاه[٢]، أو كان في خيار الغبن والتغرير إذا رضي العاقد وعلم[٣].

ويدل على ذلك ما يلي:

أولاً: ما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)[٤]، فالنبي ﷺ بين أن لزوم العقد لا يتوقف على مجرد التفرق، بل زاد أمراً آخر، وهو اختيار أحدهما إمضاء العقد، وهذه زيادة بيان يجب الأخذ بها[٥].

---

(١) أما قبل حصول الرؤية للعاقد فلا يسقط حقه في انحلال العقد ؛ لأن الخيار يتعلق بالرؤية فلا يسقط إلَّا بوجودها. ينظر: المبسوط(١٣/ ١٣٠) - بدائع الصنائع(٥/ ٢٩٥) - الهداية (٣/ ٣٤) - فتح القدير(٦/ ٣٨٨) - شرح التلقين (٢/ ٨٩٦) - المقدمات الممهدات(٢/ ٨١) - الشرح الكبير(٣/ ٢٤) - المجموع(٩/ ٢٩٩) - مغني المحتاج (٢/ ٣٥٧) - إعانة الطالبين (٣/ ١٤) - المغني(٣/ ٤٩٥) - الشرح الكبير(٤/ ٢٦) - الإنصاف(٤/ ٢٩٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢) - الهداية (٣/ ٣٨) - تبيين الحقائق (٤/ ٣٤) - فتح القدير (٦/ ٣٦٧) - الذخيرة (٥/ ٣٤) - التاج والإكليل (٦/ ٣٥١) - شرح الخرشي (٥/ ١٣٦) - الشرح الكبير (٣/ ١٢٠) - المهذب (٢/ ١٦٩) - البيان (٥/ ٣١٦) - روضة الطالبين (٣/ ٤٨٢) - مغني المحتاج (٢/ ٤٤٠) - المغني (٤/ ١١١ - ١١٢) - الشرح الكبير (٤/ ٨٧) - كشاف القناع (٣/ ٢٢٠).

(٣) ذهب الحنفية إلى عدم جواز الرد بالتصرية ؛ لأنها ليست بعيب إلَّا أن اشترط ذلك، وذهب الشافعية في أحد الوجهين إلى أن العقد لا ينحل بعلم البائع بالعيب ورضاه به. ينظر: المبسوط (١٣/ ٧٠) - فتح القدير (٦/ ٤٠٠) - البحر الرائق (٦/ ٥١) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٤) - التاج والإكليل (٦/ ٣٥٠) - مواهب الجليل (٤/ ٤٣٩) -شرح الخرشي (٥/ ١٣٣) - الشرح الكبير (٣/ ١١٧) - الحاوي (٥/ ٢٤) - المهذب (٢/ ٤٧) - - نهاية المطلب (٥/ ٢١١) - مغني المحتاج (٢/ ٤٥٣) - المغني (٤/ ١٠٣) - الكافي (٢/ ٤٩) - المبدع (٤/ ٨٠) - كشاف القناع (٣/ ٢١٥).

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٤٨٦.

(٥) ينظر: المغني (٣/ ٤٨٦).

ثانياً : أن خيارات الرؤية، والعيب، والغبن شرعت لمصلحة العاقد، فإذا أسقط حقه بعد رؤيته، أو اشترى معيباً بعلمه ورضاه، أو رضي بالغبن والتغرير فإن خياره يسقط ؛ لأنه دخل على بصيرة، والحق له، وفعله دليل رضاه، فيسقط حقه في الخيار[١].

وبناءً على ما سبق فإن اقتران العقد الطبي في صورتي البيع والإجارة بأي نوع من أنواع الخيارات يجعل العقد الطبي عقداً جائزاً غير لازم ؛ لأن حق الخيار للعاقدين أو أحدهما في فسخ العقد يسلب عن العقود اللازمة صفة اللزوم المترتبة عليها بطبيعتها.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٥) - المغني (٤/ ١٠٣).

المطلب الرابع

انحلال العقد الطبي بفوت شرط من شروطه

الشروط المقصودة هنا بحصول الفوت فيها ثلاثة أنواع :

النوع الأول : فوت شرط من شروط الصحة :

فالعقد الصحيح : ما توافرت فيه جميع شرائطه الشرعية العامة والخاصة، في أصله، وفي نواحيه الفرعية

والعقد غير الصحيح : ما حصل فيه خلل بفقدان بعض شرائطه المتعلقة ببعض نواحيه الفرعية(١).

والعقد غير الصحيح يطلق على العقد الفاسد والباطل، وهما عند الجمهور بمعنى واحد في غالب أبواب الفقه(٢)، ويوافقهم بعض الحنفية فيقولون بترادفهما في العبادات وفي النكاح(٣)،ويفرقون بينهما فيما سوى ذلك فالباطل: ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، والفاسد: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه(٤).

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٣٦).

(٢) ينظر: تقريب الوصول ص٣٢٥- ٣٢٦- مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢) - المستصفى ص٧٦ - الإحكام، الآمدي (١/ ١٧٦) - أشباه السبكي (٢/ ١٠٠) - البحر المحيط (١/ ٢٥٨) - أشباه السيوطي ص٢٨٦ - أسنى المطالب(٢/ ١٧١) - روضة الناظر ص٥٨ - المسودة ص٧٢ - شرح الكوكب المنير(١/ ٤٧٤).

(٣) ينظر: شرح التلويح (٢/ ٢٥٧) - الأشباه والنظائر ص٣٣٨.

(٤) ينظر: كشف الأسرار (١/ ٣٨٠) - تبيين الحقائق (٤/ ٤٤) - شرح التلويح (٢/ ٢٥٧) - البناية (٨/ ١٣٩).

وقد وقع الخلاف في انحلال العقد ببطلانه، وفساده على قولين :

القول الأول : أن الباطل غير منعقد، أما الفاسد فهو منعقد يفيد الملك بالقبض بإذن المالك، وعليه فإن فساد العقد سبب لانحلاله، ويجب حله إلَّا إذا هلك المعقود عليه، أو استهلك، أو تغير شكله، واسمه، أو تصرف القابض فيه ببيع، ونحوه، أو زاد المعقود عليه زياد متصلة غير متولدة عنه، وهذا قول الحنفية(١)

واستدلوا : بأن العقد الفاسد وإن كان مشروعاً في أصله إلَّا أن الفساد اقترن به، ودفع الفساد واجب، ولا يمكن ذلك إلَّا بحل العقد، والعقد الفاسد فيه معصية، والزجر عن المعصية واجب، وحل العقد يحقق الزجر عن المعصية(٢).

ويمكن أن يناقش : بأن عدم اعتبار انعقاد العقد الفاسد أقوى زاجر في إبطاله، والبعد عنه.

القول الثاني : أن كل ما يقابل الصحيح فهو غير منعقد، سواءً كان فاسداً أم باطلاً، وأن فساد العقد ليس سبباً لانحلاله، وهذا قول الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية(٣).

---

(١) ويقع الفساد عند الحنفية في العقود بسبب الجهالة الفاحشة، أو الغرر، أو الإكراه، أو الشرط المفسد، ويترتب عليه: ثبوت الملك إذا اتصل به القبض، واستحقاق الفسخ. ينظر: المبسوط (١٣/ ٤٥) - بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٧) (٥/ ١٥٦) (٥/ ٢٩٩ - ٣٠١) - الهداية (٣/ ٤٢) - الاختيار (٢/ ٦، ٢٣) - تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٣) (٤/ ٤٤)(٦/ ١٩٤) - حاشية ابن عابدين (٣/ ١٣٥) (٥/ ٩٠- ٩١) (٦/ ٤٥) (٦/ ١٩٤).

(٢) ينظر: المبسوط (١٣/ ٤٢) - الاختيار (٢/ ٢٢) - بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٠) - البحر الرائق (٦/ ٧٥).

(٣) ينظر: التاج والإكليل (٦/ ٢٢٢)- مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢، ٣٨٥) - حاشية الدسوقي (٣/ ٥٤) - نهاية المطلب (٥/ ١٧٥، ٤٥٤) - روضة الطالبين (٧/ ٢٣٨) - أشباه السيوطي =

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : أن التصرف في المال بالباطل حرام سواء كان أكلاً، أو بيعاً، أو هبة أو غير ذلك، وقد نهى الله عن ذلك بقوله : ا﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٩]، والباطل: اسم جامع لكل ما لا يحل في الشرع[(١)]

ثانياً : أن العقد إذا فات شرط من شروط صحته فإنه غير منعقد، سواءً سمي فاسداً أو باطلاً، والانحلال لا يكون إلا بعد انعقاد صحيح[(٢)].

الراجح : القول الثاني المتضمن أن العقد غير الصحيح لا ينعقد، ولا يحتاج إلى انحلال، وكون العقد فاسداً يبطله من أصله، والانحلال لا يكون إلَّا بعد انعقاد صحيح.

وعليه فمتى فات شرط من شروط العقد الطبي: بأن كان العاقدان أو أحدهما غير أهلين لإبرام العقد، أو تخلف شرط الرضا، أو كان المعقود عليه غير معلوم، أو محرماً فإن العقد لا ينعقد ولا يلحقه انحلال.

النوع الثاني : فوت شرط من شروط النفاذ :

العقد النافذ : هو العقد الخالي من كل حق لغير العاقدين يوجب

= ص٢٨٦ - المغني (٤/ ١٧٢) - الشرح الكبير (٤/ ٥٥) - كشاف القناع (٥/ ٦٠) - مطالب أولي النهى (٣/ ٥١٢) - المحلى (٧/ ٣٣٢).

(١) ينظر: المجموع (٩/ ١٤٥).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٥٤) - المغني (٤/ ١٧٢).

توقفه على إرادته، ومن كل مانع آخر يمنع نفاذه[١].

ويقابله العقد الموقوف : وهو : ما كان فيه تجاوز على حقٍ لغير العاقد، يوجب توقفه على إجازته، كعقد الفضولي، أو اشتمل على مانع آخر يمنع نفاذه، كالإكراه[٢].

والأصل في العقد الصحيح أن يكون نافذاً، ولكن إذا فات شرط من شروط النفاذ صار العقد موقوفاً، وفوت الشرط يجعل العقد قابلاً للانحلال، فإن أجيز نفذ، وإن لم يُجَز انحل[٣].

وقد اختلف العلماء في حكم العقد الموقوف، وترتب آثاره عليه، ومنها الانحلال على قولين :

القول الأول : أن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، وأما العقد الموقوف فهو عقد باطل لا يترتب عليه أثر، ولا ينحل بعدم الإجازة، وهو مشهور قول الشافعية[٤]، والحنابلة في المعتمد[٥]، وقول الظاهرية[٦]

واستدلوا : بأن العقد الموقوف باطل، غير منعقد، ولا يترتب عليه أثر، وما دام غير منعقد فلا يمكن انحلاله ؛ لأن الانحلال لا يكون إلّا بعد انعقاد العقد صحيحاً[٧].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٣٨) - المدخل إلى الفقه، الخياط ص١٤٧.

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٦٣٩).

(٣) ينظر: انحلال العقود المالية، العايد ص٤١١ - ٤١٢.

(٤) ينظر: الحاوي(٥/ ٣٢٨) - نهاية المطلب(٥/ ٤٠٧) - البيان، العمراني (٥/ ٦٦) - روضة الطالبين(٣/ ٣٥٥)

(٥) ينظر: المغني (٤/ ٢٩٦) - الإنصاف (٤/ ٢٠٥) - المبدع (٣/ ٣٥٤) - كشاف القناع (٣/ ١٥٧)

(٦) ينظر: المحلى (٧/ ٣٥١).

(٧) ينظر: البيان (٥/ ٦٦) - المبدع (٣/ ٣٥٤) - المحلى (٧/ ٣٥١)

القول الثاني: أن العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح، تترتب عليه آثاره عند إجازته ممن يملكها، وينحل بعدم الإجازة، وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

واستدلوا: بأن العقد الموقوف منعقد، وتترتب عليه آثاره عند الإجازة، وما كان كذلك فإنه ينحل عند عدم إجازة العقد ممن يملكها(٥).

الترجيح: الراجح القول الثاني المتضمن أن العقد الموقوف صحيح، تترتب عليه آثاره بالإجازة، ومنها انحلاله إذا لم يجزه من توقفت عليه إجازته.

وإذا أجاز العقد الموقوف من توقفت عليه إجازته أصبح عقداً نافذاً، تترتب عليه آثاره، والذي له حق الإجازة هو من له ولاية إنشاء العقد(٦).

ويملك من له ولاية إنشاء العقد الحق في حل العقد الموقوف من

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٨٢) - بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨) - الاختيار (٢/ ١٧) - فتح القدير (٧/ ٥٣ - ٥٥)

(٢) ينظر: المعونة (٢/ ١٠٣٨) - مناهج التحصيل (٦/ ٢٥٦) - الذخيرة (٨/ ١٤) - الشرح الكبير (٣/ ١٢).

(٣) ينظر: الحاوي (٥/ ٣٢٨) - نهاية المطلب (٥/ ٤٠٧) - البيان (٥/ ٦٦) - روضة الطالبين (٣/ ٣٥٥)

(٤) ينظر: المغني (٤/ ٢٩٦) - مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٤٩) - الإنصاف (٤/ ٢٠٥) -كشاف القناع (٣/ ١٥٧)

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨) - المعونة (٢/ ١٠٣٨) - البيان (٥/ ٦٦) - المغني (٤/ ٢٩٦).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨، ١٥٠) - تبيين الحقائق (٤/ ١٠٢) - البناية (٧/ ٣٩٩) - حاشية ابن عابدين (٥/ ١٠٧) - مواهب الجليل (٤/ ٢٧٠) (٥/ ٦٠، ٦١) - شرح الخرشي (٥/ ١٨) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ١٢) - البيان (٥/ ١٢، ٦٦) - المجموع (٩/ ٢٥٩) - روضة الطالبين (٣/ ٣٥٥) - مغني المحتاج (٢/ ٣٥١) - المغني (٤/ ١٨٥) - المبدع (٤/ ١٦) - الإنصاف (٤/ ٢٨٣) - كشاف القناع (٣/ ٤٥٨).

وقت علمه بإنشاء العقد، ولو تأخر علمه عن وقت إنشاء العقد، ويسقط حقه في حل العقد باختيار إمضاء العقد[(١)].

وبناءً على ما تقدم: فإن العقد الطبي إذا كان موقوفاً صح، وتترتب آثاره عليه، ومنها انحلاله بإجازة من يملك الإجازة، فلو قام طبيب أو شخص آخر بإسعاف مصاب، أو علاجه فإن هذا التصرف تصرف صحيح، ويملك من له الحق حل العقد أو إمضاءه.

النوع الثالث: فوت شرط من الشروط الجعلية:

ويقصد بذلك: حق أحد العاقدين في الفسخ إذا اشترط على الآخر شرطاً يتضمن انتفاعاً خاصاً، وتخلف الشرط[(٢)].

وقد نص أكثر الفقهاء على أن الشروط الواردة في العقد إذا كانت من مقتضاه، أو من مصلحته، أو كان فيها منفعة لأحد المتعاقدين فهي شروط صحيحة ومعتبرة، وأن فواتها يجيز حل العقد وفسخه، وأن فوات شرط الوصف أو تخلفه يمنح العاقد الشارط خيار الفسخ قياساً على فوات السلامة الذي يمنح العاقد خيار الفسخ بالعيب[(٣)]، وأما إن كان

---

(١) وبمضي المدة المحددة عند المالكية، وهي عام كامل. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٠٣) - الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص٣١٦ - البيان والتحصيل (١١/ ١٤٨) - مواهب الجليل (٤/ ٢٧١).

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٠٧٦) - نظرية الفسخ، حوران ص٢٨٦.

(٣) ينظر: نظرية الفسخ، حوران ص٣٢٠ -٣٢١. وينظر: المبسوط (١٣/ ٢٥) - بدائع الصنائع (٥/ ١٦٩، ١٧١) - عمدة القاري (٤/ ٢٢٦) - فتح القدير (٦/ ٤٤٢) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٥) - إكمال المعلم (٥/ ١٠٨) - التاج والإكليل (٦/ ٢٤٦) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٦٥) - الحاوي (٥/ ٣١٢) - المهذب (٢/ ٢٢) - المجموع (٩/ ٣٦٤) - أسنى المطالب (٢/ ٣٢) - مغني المحتاج (٢/ ٣٨٦) - المغني (٤/ ١٧٠) - المبدع (٤/ ٥٠) - الإنصاف (٤/ ٣٤٠) -كشاف القناع (٣/ ١٩٠).

الشرط يخالف مقتضى العقد فلا عبرة به، ولا يعتبر فواته سبباً موجباً لانحلال العقد.

وبناءً على ما سبق : فإن فوات شرط بين المتعاقدين في العقد الطبي يقتضي فسخ العقد بين الطبيب والمريض، فإذا كان الطبيب اشترط على المريض أن يسلمه العوض فرفض المريض فله الفسخ، ومثله إن اشترط المريض على الطبيب أن يزوره يومياً مدة تنويمه فلم يقم الطبيب بذلك حق للمريض حل العقد، أما إن كان الشرط ينافي مقتضى العقد الطبي لم يجب الوفاء به كما لو اشترط الطبيب على المريض ألَّا يستعمل الدواء، أو اشترط المريض على الطبيب ألَّا يتصرف في العوض.

المبحث الثالث

انحلال العقد الطبي

بأسباب تعود إلى المعقود عليه

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : انحلال العقد الطبي بسبب نقص أو زيادة في العوض

المطلب الثاني : انحلال العقد الطبي بسبب تعيب المعقود عليه.

المطلب الثالث : انحلال العقد الطبي بسبب هلاك المعقود عليه، أو استحالة التنفيذ.

المطلب الرابع : انحلال العقد الطبي بالأعذار الطارئة.

المطلب الأول

انحلال العقد الطبي بسبب نقص أو زيادة في العوض

ويتحقق هذا في عقد الجعالة، حيث ذكر فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة أن للجاعل أن يزيد أو ينقص في الجعل، ولذلك حالات :

الحالة الأولى : أن يزيد أو ينقص الجاعل في الجعل قبل شروع العامل في العمل، ويعلم المجعول له بذلك، فحينها ينحل عقد الجعالة بالزيادة أو النقص، ويعمل المجعول له بالجعل الثاني، ويلغي الجعل الأول ؛ لأن عقد الجعالة عقد جائز فجاز فيه الزيادة والنقصان قبل الشروع في العمل، كالربح في المضاربة.

الحالة الثانية : أن يزيد أو ينقص الجاعل في الجعل قبل الشروع في العمل، ولا يعلم المجعول له بذلك، فقيل : لا ينحل العقد، بل يستمر المجعول له في عمله ؛ لأن حكم العقد الأول يعتبر سارياً في حق المجعول له ؛ لعدم علمه بالتغيير، وقيل : ينحل، ويكون للمجعول له أجرة المثل ؛ لأن الزيادة أو النقصان في الجعل حق للجاعل، والمجعول له لا ضرر عليه ؛ لكونه يجب له أجرة المثل، وهذا هو الراجح.

الحالة الثالثة : أن يزيد أو ينقص الجاعل في الجعل بعد شروع العامل في عمله، ويعلم المجعول له بذلك، فحينها ينحل العقد، ويكون للمجعول له أجرة المثل ؛ لأن عقد الجعالة عقد جائز فجاز فيه الزيادة والنقصان ولو بعد الشروع في العمل، وإعلان الجاعل لهذا التغيير بمثابة الرجوع عن العقد الأول، وإبرام عقد جديد.

الحالة الرابعة: أن يزيد أو ينقص الجاعل في الجعل بعد الشروع في العمل، ولا يعلم المجعول له بذلك، فقيل: لا ينحل العقد، بل يستمر المجعول له في عمله؛ لأن حكم العقد الأول يعتبر سارياً في حق المجعول له؛ لعدم علمه بالتغيير، وقيل: ينحل، ويكون للمجعول له أجرة المثل؛ لأن الزيادة أو النقصان في الجعل حق للجاعل، والمجعول له لا ضرر عليه؛ لكونه يجب له أجرة المثل، وهذا هو الراجح.

الحالة الخامسة: أن يزيد أو ينقص الجاعل في الجعل بعد فراغ العامل من عمله، فليس لذلك أثر في العقد؛ لأن العقد قد انحل، والمال قد لزم، حيث إن الجعل يتوقف لزومه على تمام العمل[1].

وبناءً على ما تقدم: فإن العقد الطبي إذا كان في صورة الجعالة جاز للجاعل أن يزيد أو ينقص في الجعل، ويعتبر ذلك فسخاً للعقد الطبي المبرم بينهما، وإذا رضي المجعول له بالجعل الثاني كان ذلك إنشاءً لعقد جديد بينهما.

(١) ينظر: الذخيرة (٦/ ٢٢) - المهذب (٢/ ٢٧٣) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٤) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٣) - مغني المحتاج (٣/ ٦٢٤) - الكافي، ابن قدامة (٢/ ١٨٧) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٦).

المطلب الثاني

انحلال العقد الطبي بسبب تعيب المعقود عليه

العيب : ما نقص العين أو المالية نقصاناً يفوت به غرض صحيح عند أهل الخبرة[(١)].

والعيب نوعان : يسير : وهو ما يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين، وفاحش : وهو ما لا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين، والمرجع في تحديده إلى أهل الخبرة بذلك، وهم التجار[(٢)].

والعيب يجعل العقد صحيحاً لازماً من جهة البائع، ولكنه غير لازم من جهة المشتري عند جمهور الفقهاء[(٣)]، وفي ذلك يقول ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ : "متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار بين الإمساك

---

(١) وَعُرِّف بتعريفات أخرى مقاربة للتعريف المذكور. ينظر: فتح القدير (٦/ ٣٥٥) - البحر الرائق (٦/ ٣٨) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٣) - شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٨٦) - مواهب الجليل (٤/ ٤٢٧ -٤٢٩) - أسنى المطالب (٢/ ٦٠) - مغني المحتاج (٢/ ٤٢٨) - إعانة الطالبين (٣/ ٣٨) - المطلع ص٢٨٣ - الإنصاف (٤/ ٤٠٥) - كشاف القناع (٣/ ٢١٥).

(٢) وقيل: اليسير: ما لا يحط من الثمن شيئاً، أو لا ينفك عنه المبيع، والكثير: ما حط من الثمن، أو أمكن انفكاكه عن المبيع. وقيل: اليسير: ما لم يوجب نقص القيمة أو العين، ولا يفوت به غرض صحيح، ويغلب على أمثاله وجوده، والكثير: ما أوجب نقص القيمة أو العين، وكان يفوت به غرض صحيح، ويغلب على أمثاله عدمه. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٧) - الاختيار (١/ ٢٣) - تبيين الحقائق (٤/ ٢٧٢) - فتح القدير (٦/ ٣٥٧) - الفروق (١/ ٣٢٠) - تبصرة الحكام (٢/ ٧٣) - مواهب الجليل (٤/ ٤٢٧) - الشرح الكبير (٣/ ١١٤) - المهذب (٢/ ٥٤) - البيان (٥/ ٢٧٩) - نهاية المحتاج (٤/ ٣٣) -تكملة المجموع (١٢/ ١١٥، ٣١٢) - المغني (٤/ ١١٥) - الفروع (٦/ ٢٣٩) - شرح المنتهى (٢/ ٤٤) - كشف المخدرات (١/ ٣٨٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٧) - الاختيار (١/ ٢٣) - تبيين الحقائق (٤/ ٢٧٢) - فتح القدير (٦/ ٣٥٧) - الفروق (١/ ٣٢٠) - تبصرة الحكام (٢/ ٧٣) - مواهب الجليل (٤/ ٤٢٧) =

والفسخ، سواءً كان البائع علم العيب وكتمه، أو لم يعلم، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً"(١).

ويدخل خيار العيب في: **البيع، والإجارة، ونحوها من العقود المالية اللازمة**(٢).

وخيار العيب يثبت بلا اشتراط؛ حيث أثبته الشارع رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه(٣).

ويشترط لثبوت خيار العيب: الجهل بالعيب عند العقد، وكون العيب مؤثراً، وأن يكون العيب قد حدث في وقت ضمان البائع للمبيع، وعدم اشتراط البراءة من العيب(٤).

وبناءً على ما سبق:

فالعيب في العقد الطبي: ما تنقص به المنفعة الطبية، بحيث يظهر بسببه تفاوت في الأجرة(٥).

= - الشرح الكبير (٣/ ١١٤) - المهذب (٢/ ٥٤) - البيان (٥/ ٢٧٩) - نهاية المحتاج (٤/ ٣٣) - المغني (٤/ ١١٥) - الفروع (٦/ ٢٣٩) - شرح المنتهى (٢/ ٤٤) - كشف المخدرات (١/ ٣٨٤).

(١) المغني (٤/ ١٠٩).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣) - بداية المجتهد (٣/ ١٢٤٥).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣) - مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩) - منح الجليل (٥/ ١١٢) - الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠/ ١٢٩) - المعاملات المالية، الدبيان (٦/ ٣٨٧- ٣٨٩).

(٤) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (٦/ ٤٠١ - ٤١٣) وفي تفصيل أقوال الفقهاء: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤، ٢٧٦) - فتح القدير (٦/ ٣٥٧) - حاشية ابن عابدين (٥/ ٣-٥) - المنتقى (٤/ ١٨٨) - مواهب الجليل (٤/ ٤٣٤، ٤٣٥) - الفواكه الدواني (٢/ ٨٢) - المهذب (٢/ ٥٤) - البيان (٥/ ٢٧٩) - نهاية المحتاج (٤/ ٣٣) -تكملة المجموع (١٢/ ١١٥، ٣٠٩، ٣١٥) - المغني (٤/ ١١٥) - الفروع (٦/ ٢٣٩) - المبدع (٤/ ٦١) - شرح المنتهى (٢/ ٤٤) - كشف المخدرات (١/ ٣٨٤).

(٥) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٢٩٩.

والعيب في العقد الطبي نوعان :

النوع الأول : عيب لا يضر بالمنفعة الطبية، ولا يحصل بسببه تأثير عليها بالنقص، فهذا العيب لا يعد موجباً لفسخ العقد، ولا يقبل من المريض مطالبته بفسخ العقد، ومن أمثلة ذلك : استخدام الطبيب لأجهزة طبية أقل جودة من غيرها إذا كان الغرض المقصود يمكن أن يتحقق بها، ما لم يكن المريض نص على أجهزة بعينها ؛ لسرعة أدائها، أو صفاء الصورة فيها.

النوع الثاني : عيب يضر بالمنفعة الطبية، ويظهر بسببه تفاوت في الأجرة، فهذا العيب يبيح الفسخ، ومن أمثلته : أن يذهب المريض إلى طبيب عيادة الأسنان ليقلع سنه، وبعد الاتفاق معه على القلع، يتبين للمريض أن العيادة ينقصها بعض الوسائل العلاجية الضرورية كمادة التخدير، ونحوها، فهذا مما يتضرر به المريض، ويحق له بموجبه الفسخ[١].

(١) ينظر: المصدر السابق ص٢٩٩- ٣٠٠.

المطلب الثالث

انحلال العقد الطبي بسبب هلاك المعقود عليه

ويقصد بذلك: حصول تلف في المعقود عليه نتج عن العاقدين، أو أحدهما، أو كان بسبب آفة سماوية، أو بفعل أجنبي[١].

وهلاك المعقود عليه أحد مسببات انحلال العقد، سواءً كان ذلك في عقد البيع، أو في عقد الإجارة، أو في عقد الجعالة.

فإن كان في عقد البيع، وهلك المبيع قبل قبضه، وكان في المبيع حق توفيه من: كيل، أو وزن، أو عدٍّ، أو ذرع فإن عقد البيع ينحل، وإن لم يكن فيه حق توفية وكان الهلاك بآفة سماوية، أو بفعل العاقدين أو أحدهما فإن جمهور الفقهاء يرون انحلال عقد البيع بهلاك المبيع في هذه الصورة؛ لأن القبض قد تعذر بهلاك المبيع، ولأنه لم يعد لبقاء العقد فائدة، أما إن كان الهلاك بفعل أجنبي فإن عقد البيع لا ينحل بهلاك المبيع عند الجمهور؛ لأن هلاك المبيع بفعل أجنبي يوجب بدله على من تسبب في الهلاك، فيقوم البدل مقام المبيع[٢]، وكذلك ينحل

---

(١) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٥٤٥.

(٢) وهناك قول آخر بأن العقد لا ينحل عند هلاك المبيع بآفة سماوية، أو بسبب من العاقدين أو أحدهما؛ لأن المشتري تأخر في قبض المبيع مع تمكين البائع له من ذلك، والراجح ما ذكرته أعلاه. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٨) - تبيين الحقائق (٤/ ٨٠) - البحر الرائق (٦/ ١٥) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٦) - مواهب الجليل (٤/ ٤٨١-٤٨٢) - شرح الخرشي (٥/ ١٥٧-١٥٩) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ١٤٧-١٥٠) - منح الجليل (٥/ ٢٣٠) - أسنى المطالب (٢/ ٧٨-٧٩) - تحفة المحتاج (٤/ ٣٩٣) - مغني المحتاج (٢/ ٤٥٦) - المبدع (٤/ ١٢٠) - الإنصاف (٤/ ٤٦٦) - كشاف القناع (٣/ ٢٤٣-٢٤٤) - مطالب أولي النهى (٣/ ١٤٦- ١٤٧).

العقد عند الجمهور إذا هلك المبيع بعد القبض بآفة سماوية، ولا ينحل إن كان هلاكه بفعل أجنبي، وإن هلك بعد القبض بفعل أحد العاقدين فإن كان بفعل البائع فلا ينحل العقد إن كان الخيار للمشتري، أو لهما عند الشافعية ؛ لأن المبيع دخل في ملك المشتري بالقبض، فإذا تسبب البائع في هلاكه فقد تسبب في هلاك مال غيره، ومثل ذلك لو كان الهلاك بفعل المشتري إذا كان الخيار للمشتري أو لهما ؛ لأن المبيع انتقل إلى ملكه، والضمان واجب عليه فلا ينحل العقد(١).

وأما في عقد الإجارة فلا تخلو من حالتين :

الحالة الأولى : في إجارة الأعيان : إن كان المعقود عليه موصوفاً في الذمة لم ينحل العقد بهلاك المعقود عليه عند جمهور الفقهاء، ويلزم المؤجر أن يقدم بدلها ؛ لأن المعقود عليه منافع في الذمة، فإذا هلك ما تستوفى منه هذه المنافع بقي ما في الذمة على حاله، وإن كانت الإجارة على شيء معين وكان التلف قبل القبض انحلت الإجارة عند عامة الفقهاء ؛ لانعدام محل العقد، وزوال المنفعة، وإن كان ذلك بعد القبض فتنحل عند عامة الفقهاء فيما بقي مطلقاً ؛ لأن العقد وقع على منفعة العين، وقد زالت(٢).

---

(١) وهناك قول بأن العقد لا ينحل عند هلاك المبيع بآفة سماوية، وقول بانحلال العقد إذا كان الهلاك بفعل من البائع إذا كان الخيار للبائع أو لهما أو كان فعل البائع على سبيل الخطأ ؛ لأن المبيع في هذه الحالة لا يحتمل الإجازة لهلاكه. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٢) - تبيين الحقائق (٤/ ٧٨) - البحر الرائق (٦/ ١٥) - مواهب الجليل (٤/ ٤٢٣) - شرح الخرشي (٥/ ١٢٠) - الشرح الكبير وحاشيته(٣/ ١٠٤) - أسنى المطالب(٢/ ٥٤) - تحفة المحتاج (٤/ ٣٩٤) - مغني المحتاج (٢/ ٤٥٧) - المغني(٣/ ٤٧٨) - شرح الزركشي(٣/ ٢٩٦) - الإنصاف(٤/ ٤٦٦).

(٢) وهناك أقوال أخرى فيما إذا هلك المعقود عليه في عقد الإجارة بعد القبض، فقيل: لا ينحل العقد، وقيل: ينحل إن بقي في العين نفع غير ما استأجرها له لم تنحل فيما بقي، وقيل: ينحل =

الحالة الثانية: في إجارة الأشخاص: إذا وقعت الإجارة في ذمة الأجير لم تنفسخ بهلاكه عند الجمهور، بل يستأجر عليه من يكمل العمل، فإن تعذر ذلك جاز الفسخ، وأما إن وقعت الإجارة على عين الأجير فإنها تنفسخ بهلاكه، وهذا قول جمهور الفقهاء[(١)].

وأما في عقد الجعالة: فإن العقد ينحل بهلاك المعقود عليه عند جمهور الفقهاء؛ لأن عقد الجعالة من العقود الجائزة لا اللازمة[(٢)].

وبناءً على ما تقدم: فإن العقد الطبي إذا كان في صورة البيع فإنه ينحل بهلاك المعقود عليه، قبل القبض، أو بعده إذا تلف بفعل آفة سماوية، أو بفعل أحد العاقدين: الطبيب أو المريض إذا كان الهلاك قبل القبض، ومثاله: لو تلف الدواء بسبب انهدام صيدلية العلاج، أو تلف الاختراع الطبي بسبب احتراق المختبر، ونحوه، ومثل ذلك إن

= العقد بهلاك المعقود عليه بعد القبض فيما مضى، وما بقي، وفرق بعضهم بين العين المنقولة والعقار، والراجح: ما ذهب إليه عامة الفقهاء من انحلال العقد بهلاك المعقود عليه بعد القبض فيما بقي. ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٩، ٢٢٣) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٤) - العناية (٩/ ١٤٤) - المنتقى (٥/ ١١٤) - شرح الخرشي (٧/ ٣٠) - الشرح الكبير (٤/ ٢٩) - روضة الطالبين (٥/ ٢٤٠، ٢٤٢) - تحفة المحتاج (٦/ ١٨٨)- مغني المحتاج (٣/ ٤٨٥) - المغني (٥/ ٤٤٦) - الإنصاف (٦/ ٦٢) - كشاف القناع (٤/ ٢٦).

(١) ويرى الحنفية والظاهرية أن عقد الإجارة ينحل بهلاك الأجير مطلقاً. ينظر: المبسوط (١٥/ ٢٧٩) - بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٢) - الهداية (٣/ ٢٤٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٤) - النوادر والزيادات (٧/ ٢٦٧) - الكافي (٢/ ٧٤٦) - البيان والتحصيل (٤/ ٢١٩ - ٢٢٠) - شرح ميارة (٢/ ١٧١) - البيان (٧/ ٣٦٦) - روضة الطالبين (٥/ ٢٤٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤٣١) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٥) - المغني (٥/ ٣٤١/ ٣٤٧) - الإنصاف (٦/ ٦٤)- كشاف القناع (٤/ ٣١) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٥٨).

(٢) ينظر: المنتقى (٥/ ١١١) - المقدمات الممهدات (٢/ ١٧٩) - الذخيرة (٦/ ١٣) - التاج والإكليل (٧/ ٦٠١) - الشرح الكبير وحاشيته (٤/ ٦٥) - البيان (٧/ ٤٠٧) - روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣) - أسنى المطالب (٢/ ٤٤٣) - نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٦) - المغني (٦/ ٩٦) - المبدع (٥/ ١١٥) - كشاف القناع (٤/ ٢٠٥).

حصل التلف بسبب إتلاف الطبيب له، أو المريض قبل قبضه له، فإن تلف بفعل أجنبي عن العاقدين، كأن أخذ الدواء شخص وأتلفه فإنه يضمنه، ولا ينحل العقد، وإن كان الهلاك بعد القبض بفعل البائع لم ينحل العقد ؛ لتسببه في هلاك مال غيره، وكذلك لا ينحل العقد إن كان الهلاك حصل بفعل المشتري ؛ لأنه قد دخل في ضمانه.

وفي عقد الإجارة إن كان المعقود عليه بين الطبيب والمريض عيناً من الأعيان غير موصوفة في الذمة فهلكت، كسرير طبي معين، وغرفة للعلاج محددة انحل العقد قبل القبض مطلقاً، وبعده فيما بقي، وإن كان ذلك موصوفاً في الذمة لم ينحل العقد، وأما إن كان المعقود عليه عملاً من الأعمال التي يقوم بها الطبيب، فإن كان العمل في ذمته لم ينحل العقد، وإن كان العمل متعلقاً بعينه انحل العقد، وقد تقدم الحديث عنه في انحلال العقد الطبي بالموت، أما إن هلك المريض، وهو المقصود في هذا المطلب ؛ لكون العقد يتعلق به فإن العقد الطبي ينحل بموته.

وفي عقد الجعالة : ينحل العقد بهلاك المعقود عليه مطلقاً ؛ لكونه من العقود الجائزة.

المطلب الرابع

انحلال العقد الطبي بالأعذار الطارئة

والأعذار الطارئة ترد على عقد الإجارة، وتبحث فيه.

والمقصود بالأعذار الطارئة عند الحنفية : كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق العاقد في نفسه أو ماله، يثبت له حق الفسخ(١).

وقيل : عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلَّا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد(٢).

وهذا التعريف الثاني أقرب، وأبعد عن الدور في التعريف، وفيه تقييد للضرر بكونه زائداً عن إمكان تحمله، وكونه غير مستحق بالعقد، وعلى هذا التعريف جرى أكثر فقهاء الحنفية.

والفرق بيع العذر وبين غيره يتضح من خلال ما يلي :

أولاً : الفرق بين العذر وبين التلف والهلاك : أن العذر أعم، وأشمل، حيث يشمل : الضياع، والمرض، والغصب، والقهر، والموت، وغيرها، بخلاف التلف والهلاك فهو يختص بما فيه ذهاب للعين(٣).

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٨١).

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٧) - الاختيار (٢/ ٦١) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥)- الفتاوى الهندية (٧/ ٤٩٨).

(٣) ينظر: بلغة السالك (٩/ ٤٩) - انفساخ العقد، الصدر ص١٤٠.

ثانياً : الفرق بين العذر والعيب : العذر معيار شخصي، بينما العيب معيار مادي، فالضرر الناتج عن العذر يلحق الأشخاص، بينما الضرر الناتج عن العيب يلحق العين المستأجرة، فالعيب : ينقص منافع العين المعقود عليها، فلا تصلح للانتفاع بها، والعذر لا ينقص المنافع لكن يحدث بسببه ضرر(١).

وانحلال العقد بالظروف الطارئة محل خلاف بين الفقهاء، وخلافهم في ذلك على النحو التالي :

أولاً : تحرير محل النزاع :

أ - لا يختلف الفقهاء في جواز حل الإجارة بالعذر الواقع في المعقود عليه الذي يمنع من استيفاء المنفعة حساً، أو شرعاً،كموت المسترضَع المعينة، وسكون ألم السن، ونحوها(٢).

وفي ذلك يقول ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ : " لا نزاع بين الأئمة أن منافع **الإجارة إذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها سقطت الأجرة**"(٣).

ب - لا يكاد يختلف الفقهاء في أن العقد ينحل بالعذر العام كالخوف العام، والفتنة الحادثة، ونحوها ؛ لأنه أمر غالب يمنع استيفاء المنافع(٤).

---

(١) ينظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص٣٤٨ - نظرية الفسخ، حوران ص٢٤٨.

(٢) ينظر: البناية (١٠/ ٣٤٨) - الحاوي (٧/ ٣٩٨) - مجموع الفتاوى (٣٠/ ٢٨٨، ٢٩٣، ٢٩٤).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠/ ٢٨٨).

(٤) ينظر: المبسوط (١٦/ ٥) - بدائع الصنائع (٤/ ١٩٨) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٨٢) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤٥٩) - الشامل (٢/ ٧٩١) - التاج والإكليل (٧/ ٥٦٠) - شرح الخرشي (٧/ ٣١) - الشرح الكبير (٤/ ٣١) -الحاوي (٧/ ٤٤٤) - بحر المذهب (٩/ ١٦) - كفاية النبيه (١١/ ٢٦٨) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٤) - المغني (٥/ ٣٣٩) - الشرح الكبير (٦/ ١١٢) - كشاف القناع (٤/ ٣٠) - مطالب أولي النهى (٢/ ٦٦٤) - المحلى (٧/ ١٠).

ج - لا يكاد يختلف الفقهاء في أن العقد ينحل بالعذر الشرعي كسكون ألم السن، وبرء الجرح ؛ لعجز العاقد عن المضي في موجب العقد شرعاً ؛ لأن المضي فيه في مثل هذه الحالة يعتبر حراماً[١].

د - لا يكاد يختلف الفقهاء في عدم انحلال عقد الإجارة بالعذر الذي لا يؤثر على المنفعة، ولا يلحق العاقدين بسببه ضرر، ومن أمثلة ذلك عند الحنفية : انتقال المؤجر من البلد التي فيها العين المؤجرة، وانتقال المستأجر من دار إلى أخرى بسبب رخصها، أو سعتها، وعند الجمهور : من استأجر دابة فوجدها خشنة المشي، أو استأجر داراً ولم يستطع أثاثها ،أو استأجر حَمَّاماً ولم يجد وقوداً[٢].

هـ - اختلف الفقهاء في العذر الذي يحدث بعد العقد، ويجعل تنفيذ العقد مضراً بأحد العاقدين ضرراً غير مستحق بالعقد، مع إمكانية استيفاء المؤجر للمنفعة التي وقع عليها العقد على قولين :

القول الأول : أن عقد الإجارة لا ينحل بالأعذار الطارئة، وبهذا

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/ ٢) - بدائع الصنائع (٤/ ١٩٧) - الهداية (٣/ ٢٤٧)- تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥) - التاج والإكليل (٧/ ٥٦٢) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٣) - شرح الخرشي (٧/ ٣٠) - الشرح الكبير (٤/ ٣٠) - الحاوي (٧/ ٣٩٤) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٥، ٢٤٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩) - المغني (٥/ ٤٠١) - الشرح الكبير (٦/ ٧٢) - كشاف القناع (٤/ ١٤) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٤).

(٢) ينظر: المبسوط (١٦/ ٥) - بدائع الصنائع (٤/ ١٩٨) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٨٢)- القوانين الفقهية ص٣٠٠ - الشامل (١/ ٦٤٤) - التاج والإكليل (٧/ ٥٦٠) -الحاوي (٧/ ٤٤٤) - المهذب (٢/ ٢٦١) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٣) - المبدع (٤/ ٤٤٢) - كشاف القناع (٤/ ٢٩) - مطالب أولي النهى (٢/ ٦٦١).

قال جمهور الفقهاء من المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : قال تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١].

وجه الدلالة : أن الإجارة عقد على معاوضة، والله قد أمر بالوفاء بالعقود، والآية عامة حتى يقوم الدليل على التخصيص[٤].

ونوقش : بأن محل الوفاء بالعقد إذا أمكن، ولم يكن فيه ضرر على العاقد، أما إذا أضر بالعاقد ضرراً زائداً غير مستحق بالعقد فإن إلزامه بالوفاء فيه حرج ومشقة[٥].

الدليل الثاني : القياس على البيع، بجامع أن كلّاً منهما من عقود المعاوضات اللازمة، والبيع لا يجوز فسخه بالعذر، فكذلك الإجارة[٦].

ونوقش من وجهين :

الوجه الأول : أنه لا يلزم من عدم انحلال عقد البيع بالعذر عدم انحلال الإجارة به ؛ لأن العاقد في الإجارة عاجز عن المضي في موجب العقد إلَّا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد، فجاز له فسخ العقد بالعذر قياساً

---

(١) ينظر: المدونة (٣/ ٤٨٢) - الإشراف (٢/ ٦٥٢) - التاج والإكليل(٧/ ٥٦٣) - الشرح الكبير (٤/ ٣١).

(٢) ينظر: المهذب (٢/ ٢٦١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٣٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٣).

(٣) ينظر: الهداية ص٢٩٦ - المغني (٥/ ٣٣٢) - المبدع (٤/ ٤٤٢) - كشاف القناع (٤/ ٢٩).

(٤) ينظر: الإشراف (٢/ ٦٥٢) - بداية المجتهد (٤/ ١٣٥٥) - الحاوي، الماوردي (٧/ ٣٩٣).

(٥) ينظر: فسخ الإجارة بالعذر في الفقه الإسلامي، أحمد شحدة وعلي أبو يحيى ص١١٣.

(٦) ينظر: الإشراف (٢/ ٦٥٢) - الحاوي (٧/ ٣٩٣) - المغني (٥/ ٣٣٣).

على المشتري إذا وجد عيباً بالمبيع[(١)].

الوجه الثاني : أن قياس الإجارة على البيع هنا قياس مع الفارق ؛ لأن عقد البيع يتم وينقضي بمجرد حدوثه دون أن يحتاج تنفيذه إلى مدة من الزمن، فلا يمكن فسخه بعد ذلك بالعذر، بخلاف عقد الإجارة الذي يحتاج في تنفيذه إلى مدة ممتدة من الزمن، فيفسخ بالعذر[(٢)].

الدليل الثالث : أن الأصول موضوعة على أن كل ما كان لأحد المتعاقدين فسخه بوجه كان للآخر أن يفسخ بمثل ذلك الوجه، تسوية بين المتعاقدين، ودفعاً للضرر عن كل واحد من العاقدين، وعقد الإجارة لا يجوز فسخه لعذر المؤجر فلا يجوز لعذر المستأجر[(٣)].

ونوقش : بأن هذا قياس على أصل مختلف فيه ؛ لأن من الحنفية من يجيز فسخ الإجارة بعذر المؤجر إذا لحقه ضرر زائد عجز بسببه عن المضي في موجب العقد، كمن أجر داراً ثم أفلس، ولزمته ديون لا يستطيع سدادها إلَّا بثمن ما أجر[(٤)].

القول الثاني : أن عقد الإجارة ينحل بالأعذار الطارئة، وهذا مذهب الحنفية[(٥)]، وقول ابن حزم[(٦)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٧).

(٢) ينظر: فسخ الإجارة بالعذر، أحمد شحدة ص١١٤.

(٣) ينظر: الإشراف (٢/ ٦٥٣) - المغني (٥/ ٣٣٣).

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٨) – تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٧٤) - درر الحكام (٢/ ٢٣٩).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٧) - الهداية (٣/ ٢٤٧) - الاختيار (٢/ ٦١) - حاشية ابن عابدين (٦/ ٨١).

(٦) ينظر: المحلى (٧/ ١٠).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول : أن الحاجة تدعو إلى الفسخ ؛ لأنه لو قيل بلزوم العقد مع العذر لتضرر صاحب العذر، فيكون القول بانحلال العقد امتناعاً من التزام الضرر، وما كان كذلك كان جائزاً(١).

ونوقش : بأن عقد البيع لا يحل بالعذر، مع ما يترتب على لزومه من التزام الضرر(٢).

وأجيب : بأن قياس الإجارة على البيع هنا قياس مع الفارق ؛ لأن عقد البيع يتم وينقضي بمجرد حدوثه دون أن يحتاج تنفيذه إلى مدة من الزمن، فلا يمكن فسخه بعد ذلك بالعذر، بخلاف عقد الإجارة الذي يحتاج في تنفيذه إلى مدة ممتدة من الزمن، فيفسخ بالعذر(٣).

الدليل الثاني : أن انحلال العقد بسبب العذر إنما هو لدفع الضرر الناتج عن العيب، لا للعيب نفسه، فإذا تحقق الضرر في إبقاء العقد كان ذلك عذراً في الفسخ(٤).

الدليل الثالث : أن عقد الإجارة جوز للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذ بالقياس المتمثل في أن عقد الإجارة في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والمنافع المعقود عليها في حكم المعدوم ؛ لكونها تحدث شيئاً فشيئاً، والإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم(٥).

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٧).
(٢) ينظر: أسباب انحلال العقود المالية، العايد ص٥٨٢.
(٣) ينظر: فسخ الإجارة بالعذر، أحمد شحدة ص١١٤.
(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٨) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥) - البناية (١٠/ ٣٤٧).

ونوقش : بأن الحنفية أنفسهم يقولون : المنافع وإن كانت معدومة وقت العقد عليها إلَّا أنها تعطى حكم المنافع الموجودة ؛ لأنها لو اعتبرت معدومة لم يصح العقد عليها ؛ لأن العقد لا يرد على معدوم[١].

الدليل الرابع : قياس الفسخ بالعذر على الفسخ بالعيب، فإن الفقهاء يجيزون الفسخ بالعيب قبل القبض في المبيع، أو المستأجَر ؛ بجامع منع حصول الضرر، وفوات مقصود العقد[٢].

الراجح : الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية والظاهرية من القول بانحلال العقد بالأعذار الطارئة، ويؤيد هذا الترجيح ما يلي :

أولاً : أن هذا القول يوافق مقاصد الشريعة وقواعدها في دفع الضرر، وإزالة المشقة، والمنع من الوقوع في الحرج، والضيق، " والمعهود في الشريعة دفع الضرر"[٣].

ثانياً : أن الحنفية لم يطلقوا العذر، بل قيدوه بالعذر المانع عن المضي في موجب العقد إلَّا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهذا القيد يخرج ما عداه من أعذار.

ثالثاً : أن الجمهور وافقوا الحنفية في انحلال العقد بعدد من الأعذار الطارئة، كالخوف العام، والفتنة الحادثة، وحمل الظئر، وسكون ألم السن، والعفو عن القصاص المُستأجَر على استيفائه، وأمر الحاكم بإغلاق الحوانيت، مما يدل على اتفاق الجميع على مبدأ العذر، وإن وقع اختلاف بينهم في التطبيق.

---

(١) ينظر : تبيين الحقائق (٥/ ١٠٥) - فتح باب العناية (٢/ ٤٢٢).

(٢) ينظر : بدائع الصنائع (٤/ ١٩٧).

(٣) الفروق (٢/ ٢٢٣).

التطبيقات على الأعذار الطارئة في العقد الطبي :

الأمر الأول : انحلال العقد الطبي بسبب تعذر التنفيذ.

ويقصد بذلك : عجز العاقد عن المضي في موجب العقد[(١)]، ويعبر عنه البعض باستحالة التنفيذ[(٢)]، والتعبير بتعذر التنفيذ أولى وأظهر.

ويمثل له الفقهاء : باستئجار شخص لاستيفاء قصاص في نفس أو طرف، ثم يعفو ولي الدم عن الجاني، واستئجار امرأة إجارة عين لكنس مسجد فتحيض، ونحوها[(٣)].

ومثاله في العقد الطبي : سكون ألم السن، وبرء الجرح، ونحوها، فهنا ينفسخ العقد؛ لعجز العاقد عن المضي في موجب العقد شرعاً ؛ لأن المضي فيه في مثل هذه الحالة يعتبر حراماً[(٤)].

جاء في المبسوط : " من استأجر أجيراً ليقلع ضرسه فسكن ما به من الوجع كان ذلك عذراً في فسخ الإجارة"[(٥)].

وقال الماوردي رحمه الله : " وإن برئ الضرس في الحال قبل إمكان

(١) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (٧/ ٣١٩).

(٢) ينظر: نظرية الفسخ، حوران ص٣٥١.

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ١٨٥، ٢٤٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٩٩).

(٤) ينظر: المبسوط (١٦/ ٢) - بدائع الصنائع (٤/ ١٩٧) - الهداية (٣/ ٢٤٧) - تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥) - التاج والإكليل (٧/ ٥٦٢- ٥٦٣) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٣) - شرح الخرشي (٧/ ٣٠) - الشرح الكبير (٤/ ٣٠) - الحاوي (٧/ ٣٩٤) - روضة الطالبين (٥/ ١٨٥، ٢٤٩) - أسنى المطالب (٢/ ٤٠٩) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩) - المغني (٥/ ٤٠١) - الشرح الكبير (٦/ ٧٢) - كشاف القناع (٤/ ١٤) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣٤).

(٥) المبسوط (١٦/ ٢).

القلع بطلت الإجارة ؛ لأن قلعه قد حرم، وعقد الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظوراً، فصار محل العمل معدوماً، فلذلك بطلت الإجارة"[١].

وقال ابن قدامة رحمه الله : " وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة ؛ لأن قلعه لا يجوز"[٢].

الأمر الثاني : انحلال العقد الطبي بسبب توقف الطبيب عن عمله الطبي بسبب عذر حاصل.

إذا توقف الأجير عن عمله بسبب مرضه أو سجنه أو حدوث أمر غالب من فتنة أو حرب أو سيل جارف أو مطر مستمر فله حالتان :

الحالة الأولى : إن لم يشترط على الأجير العمل بنفسه كما لو كان العمل في ذمته وأمكن تحصيله من غير الأجير لزم الأجير في هذه الحالة أن يقيم من يعمل ذلك العمل بدله ؛ لأن العمل حق وجب في ذمته فلزم إيفاؤه بنفسه، أو بغيره، وإن لم يمكن تحصيل العمل من غيره خير المستأجر بين الفسخ أو الصبر إلى أن يتبين الحال.

الحالة الثانية : أن يشترط المستأجر على الأجير أن يعمل العمل بنفسه فإن الأجير لا يُكَلَّف أن يقيم من يعمله بدله، ولا يلزم المستأجر قبوله إن بذله، بل يخير المستأجر بين الفسخ أو الصبر إلى أن يتبين الحال، فإن فسخ المستأجر انتهى العقد، وإن لم يفسخ لزم الأجير العمل عند القدرة عليه ؛ لأن العقد قد وقع على عينه، وعمل غير الأجير ليس

---

(١) الحاوي (٧/ ٣٩٤).

(٢) المغني (٥/ ٤٠١).

معقوداً عليه فلم يلزمه أن ينيب، ولم يلزم المستأجر قبول النيابة إن وجدت[(١)].

فإذا حصل للطبيب مرض يضعف بسببه عن الإتيان بالعمل الطبي على وجه كامل غير منقوص انحل العقد، مثل أن يصاب الجراح أو طبيب الأسنان أو طبيب العيون بشلل في يده، أو ضعف في نظره، أو غير ذلك مما يكون له تأثير على المنفعة الطبية المقصودة بالعقد، أما عموم الأمراض المعتادة التي تعرض للطبيب، ويشفى منها في العادة والغالب كالصداع والزكام ونحوها فانحلال العقد بسببها يكون بحسب ما يترتب عليها بالنسبة للمريض، فإن كان المريض لا يتضرر بانتظار برء الطبيب انتظره ولم ينحل العقد، وإن كان المريض يتضرر انحل العقد كما في التهاب الزائدة الدودية التي تحتاج للتدخل المباشر[(٢)].

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٨) - تكملة البحر الرائق (٨/ ٦) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤٣٢، ٤٥٨) - الشامل (٢/ ٧٩١) - التاج والإكليل (٧/ ٥٦٤) - الشرح الكبير (٤/ ٣١) - روضة الطالبين (٥/ ٢٣٩، ٢٦٥) - أسنى المطالب (٢/ ٤١٨) - الإنصاف (٦/ ٦٦) - كشاف القناع (٤/ ٣١) - مطالب أولي النهى (٣/ ٦٣١، ٦٥٨).

(٢) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٣٠٢- ٣٠٣.

"العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع وصارت لازمة".

المنثور، الزركشي (٢/٤٠١).

الفصل الثالث

أنواع انحلال العقد الطبي، وشروطه، وآثاره، وكيفية حَلِّه

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : أنواع انحلال العقد الطبي.

المبحث الثاني: شروط انحلال العقد الطبي.

المبحث الثالث : الآثار المترتبة على انحلال العقد الطبي.

المبحث الرابع : صيغة حَلِّ العقد الطبي، وكيفيته

"المعهود في الشريعة دفع الضرر".

الفروق، القرافي (٢/٢٢٣).

المبحث الأول

أنواع انحلال العقد الطبي

يتنوع انحلال العقود وفسخها إلى الأنواع التالية بالاعتبارات التالية :

الاعتبار الأول : أنواع انحلال العقد وفسخه باعتبار طرق وقوعه :

ينقسم انحلال العقد باعتبار طرق وقوعه إلى نوعين :

النوع الأول : انحلال العقد بطريق الضرورة، ويصح حل العقد بطريق الضرورة من غير وجود الخصم وعلمه، كمضي مدة الخيار، وهلاك المبيع، ونقصانه.

النوع الثاني : انحلال العقد بطريق القصد والاختيار، ويشمل انحلال العقد بطريق القول، والفعل، فالقولي : كل لفظ يدل على عدم الرضا، ويؤدي المقصود، كقول : فسخت العقد، أو حللته، أو أسقطته، وانحلال العقد الفعلي يحصل بكل فعل يدل على عدم الرضا، كعرض البائع صاحب الخيار المبيع للبيع، وغير ذلك[١].

الاعتبار الثاني : أنواع انحلال العقد باعتبار كيفية وقوعه :

النوع الأول : انحلال العقد الاتفاقي، ويقصد به : أن يتفق المتعاقدان على إنهاء العقد بينهما، وإزالة جميع آثاره المترتبة عليه عن طريق الإقالة،

---

(١) ينظر: مجلة الأحكام العدلية م(٣٠٢) ص١٣٨ - نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، أسمادي نعيم، دار النفائس، ط١ ١٤٢٦ه ص١٧٠ -١٧٣.

فالإقالة يتم بها انحلال العقد دون توقف ذلك على حكم حاكم[١]

النوع الثاني : انحلال العقد القضائي، ويقصد به : انحلال العقد بحكم القاضي عند تعذر التراضي، أو عدم مراعاة أحكام الشرع في تجنب أسباب الفساد، كانحلال العقد بسبب السفه[٢]، أو العيب[٣]، أو الإفلاس[٤]، أو الأعذار الطارئة عند الحنفية[٥]، أو تحالف المتعاقدين عند الاختلاف بينهما[٦].

النوع الثالث : انحلال العقد بحكم الشرع، ويقصد به : انحلال العقد الذي يقرره الشرع دون توقف على قضاءٍ، أو رضا من المتعاقدين ؛ نتيجة خلل طرأ على العقد، ومن أمثلة ذلك : انحلال العقد بسبب الجنون[٧]، أو الموت[٨]، أو الردة[٩]، أو الفساد عند الحنفية[١٠]،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦) - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ١٤٣) - مغني المحتاج (٢/ ٤٥٥) - كشاف القناع (٣/ ٢٤٨).

(٢) ينظر: تبين الحقائق (٥/ ١٩٥) - مواهب الجليل (٥/ ٦٤) - مغني المحتاج (٣/ ١٤٠) - كشاف القناع (٣/ ٤١٦)

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٧) - مواهب الجليل (٤/ ٤٢٧) - نهاية المحتاج (٤/ ٣٣) -شرح المنتهى(٢/ ٤٤).

(٤) ينظر: تبين الحقائق (٧/ ١١٣٧) - مواهب الجليل (٥/ ٥٠) - مغني المحتاج (٣/ ١١٧) - كشاف القناع (٣/ ٤٢٥)

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١) - الفتاوى الهندية (٤/ ٤٥٨).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩) - التاج والإكليل (٦/ ٤٦٩) - روضة الطالبين (٣/ ٥٨٣) - المغني(٤/ ١٤٥).

(٧) ينظر: تبين الحقائق (٥/ ١٩٥) - الشرح الكبير (٣/ ٢٩٢) - روضة الطالبين (٤/ ٧٧) - المغني (٤/ ٣٤٤).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٣) - شرح ميارة (٢/ ١٧١) - مغني المحتاج (٣/ ٤٨٥) - كشاف القناع (٤/ ٣١)

(٩) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٣٧) - الشرح الكبير (٤/ ٣٠٦) - مغني المحتاج (٥/ ٤٤٠) - كشاف القناع (٦/ ١٨١).

(١٠) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٧) - الهداية (٣/ ٤٢) - حاشية ابن عابدين (٣/ ١٣٥).

وانحلال العقد بسبب تعذر التنفيذ عند الجمهور(١)، ونحوه.

النوع الرابع: انحلال العقد الانفرادي، ويقصد به: قيام أحد العاقدين بحل العقد بإرادته المنفردة، ويتحقق ذلك في العقود الجائزة غير اللازمة كعقد الجعالة(٢).

الاعتبار الثالث: أنواع انحلال العقد باعتبار وقت وقوعه، وينقسم بهذا الاعتبار إلى نوعين:

النوع الأول: انحلال العقد وفسخه في ابتدائه، وقبل لزومه، كما في انحلال العقد بسبب الخيار، أو الإقالة، أو التحالف، أو تلف المبيع، ونحوه.

النوع الثاني: انحلال العقد وفسخه بعد لزومه، كما في انحلال العقد بسبب تعذر التنفيذ،أو الإفلاس، أو بسبب فساد العقد، أو الأعذار الطارئة عند الحنفية(٣).

وبناءً على ما تقدم: فإن العقد الطبي لا يخرج عن الأقسام السابقة، فقد ينحل العقد الطبي بطريق الضرورة كما في تعذر التنفيذ إذا سكن وجع السن، وبرأ موضع الألم، وقد ينحل بطريق الاختيار والقصد، وهو ما يسمى بالانحلال الاتفاقي عن طريق الإقالة، فإن الإقالة من أسباب انحلال العقد الطبي كغيره من العقود، وقد ينحل العقد الطبي بطريق التقاضي كما لو تحالف الطبيب والمريض، أو كان هناك عيب في العقد، وقد ينحل بحكم الشرع كما لو جن الطبيب، أو ارتد، أو مات، أو تلف المعقود عليه، وغيرها من الأسباب.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٧) - مواهب الجليل (٥/ ٤٣٣) - مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩) - كشاف القناع (٤/ ١٤)

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤٣١٤٧) - نظرية الفسخ، حوران ص٤٧٥ وما بعدها - نظرية فسخ العقود، أسمادي ص١٧٤ وما بعدها.

(٣) ينظر: نظرية فسخ العقود، أسمادي ص١٧٩.

المبحث الثاني

شروط انحلال العقد الطبي

هناك شروط لابد من تحققها، سواءً في حَلِّ العقد الطبي، أو غيره، وهذه الشروط منها ما هو محل اعتبار عند جمهور الفقهاء، ومنها ما هو محل خلاف.

القسم الأول: الشروط التي هي محل اعتبار عند جمهور الفقهاء:

الشرط الأول: أن يكون العقد قابلاً للانحلال، سواءً كان العقد لازماً كعقد البيع والإجارة، أو كان جائزاً كعقد الجعالة، فإن كان العقد غير قابل للانحلال لم يتطرق إليه الفسخ، كالوقف، والطلاق، ونحوها.

الشرط الثاني: أن يقوم في العقد اللازم ما يوجب انحلاله، أو يطرأ عليه موجب الانحلال، فمثال الأول: أن يعقد المتبايعان عقد البيع بشرط الخيار لهما، أو لأحدهما، ومثال الثاني: أن يظهر عيب في المبيع كتمه البائع، أو أن تهلك العين المستأجرة، ونحوها، فإذا لم يوجد في العقد ما يوجب انحلاله امتنع حله، وذلك في غير العقود الجائزة.

الشرط الثالث: ألّا يطرأ على العقد اللازم مانع من موانع الانحلال، فإن طرأ مانع من موانع الانحلال امتنع الانحلال، وذلك كأن يكون المبيع قد تغير عن حاله وقت العقد[١].

---

(١) ينظر: المعاملات المالية، الدبيان (٧/ ٢٥٧- ٢٥٨) - نظرية فسخ العقود، أسمادي ص٢٠٣ - ٢٠٤.

القسم الثاني : الشروط التي هي محل خلاف عند الفقهاء، ومنها ما يلي :

أولاً : أن يكون العقد صحيحاً، وهذا شرط معتبر عند جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والظاهرية[(١)] ؛ لأن العقد إذا فات شرط من شروط صحته فإنه غير منعقد، سواءً سمي فاسداً أو باطلاً، والانحلال لا يكون إلا بعد انعقاد صحيح، وخالف الحنفية[(٢)] فقالوا : أن الانحلال يلحق العقد الفاسد؛ لأن العقد الفاسد وإن كان مشروعاً في أصله إلَّا أن الفساد اقترن به، ودفع الفساد واجب، ولا يمكن ذلك إلَّا بحل العقد[(٣)].

ثانياً : أن يعلم الطرف الآخر بانحلال العقد في زمن الخيار.

والأمر لا يخلو إما أن يكون انحلال العقد بطريق الفعل، أو بطريق اللفظ، فإن كان بطريق الفعل فلا يشترط علم العاقد الآخر، وإن كان بطريق اللفظ فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين :

القول الأول : أنه لا بد من علم الطرف الآخر، وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن[(٤)]، وقول عند الحنابلة[(٥)].

---

(١) ينظر: التاج والإكليل (٦/ ٢٢٢)- مواهب الجليل (٤/ ٢٢٢، ٣٦١، ٣٨٥) - حاشية الدسوقي (٣/ ٥٤) - المجموع (٩/ ١٤٥) - روضة الطالبين (٧/ ٢٣٨) - كشاف القناع (٥/ ٦٠) - مطالب أولي النهى (٣/ ٥١٢) - المحلى (٧/ ٣٣٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٧) - الهداية (٣/ ٤٢) - - تبيين الحقائق (٣/ ٣٢٣) (/ ١٣٥).

(٣) ينظر: المبسوط (١٣/ ٤٢) - الاختيار (٢/ ٢٢) - بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٠) - البحر الرائق (٦/ ٧٥).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٣) - الهداية (٣/ ٢٩) - تبيين الحقائق (٤/ ١٨) - البحر الرائق (٦/ ١٨).

(٥) ينظر: الإنصاف (٤/ ٣٧٨).

واستدلوا بما يلي :

أولاً : بأن حل العقد بدون علم صاحبه يلزم منه وقوع الضرر على صاحبه ؛ لأنه ربما يعتقد تمام البيع السابق، فيتصرف فيه، فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب لسلعته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر، فيتوقف على علمه، فكل ما فيه إلزام على الغير فلا يثبت بدون علمه، فإن العاقد إذا اختار الانحلال ألزم غيره حكماً جديداً لم يكن، فلا يثبت حكم تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به[١].

ونوقش : أن الأصل منع التصرف في زمن الخيار ؛ لأن التصرف يؤدي إلى إسقاط حق الغير، وهذا لا يجوز[٢].

ثانياً : قياس حل العاقد للعقد على عزل الوكيل، فإن عزل الوكيل يتطلب علمه بذلك، فكذلك حل العاقد للعقد يشترط علم صاحبه بذلك[٣].

ونوقش : بأن القياس على عزل الوكيل قياس مع الفارق ؛ لأن الموكل قد سلط على التصرف في بإذن من الوكيل، فعزله خلاف الأصل، فيتوقف عزله على علمه[٤].

القول الثاني: أنه لا يشترط علم الطرف الآخر، وهو قول أبي يوسف[٥]،

(١) ينظر: تبين الحقائق (٤/ ١٨) - البحر الرائق (٦/ ١٨).
(٢) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٥٠) - المعاملات المالية، الدبيان (٧/ ٢٦٠).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٨) - البحر الرائق (٦/ ١٨).
(٤) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٥٠) - المعاملات المالية، الدبيان (٦/ ٢٦٠).
(٥) ينظر: كشف الأسرار (٤/ ٣٥٠) - البحر الرائق (٦/ ١٨) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٨٠).

ومذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: أن العاقدين لما اتفقا على اشتراط الخيار كان ذلك منهما اتفاقاً على الحق في حله وفسخه، فهو حق متفق على ثبوته بذلك الشرط، فلا يحتاج إلى إذن، ولا حضور، بل هو حق خالص لمن له الخيار[٤].

ثانياً: قياس عدم اشتراط علمه بحل العقد على عدم اشتراط رضاه بذلك، حيث إن شرط الرضا بحل العقد لا يشترط، فكذلك شرط العلم بحله[٥].

ثالثاً: أن موجب الخيار: حل العقد، أو إجازته، والإجازة تتم بغير حضور الطرف الآخر، ولا علمه، ولا رضاه، فكذلك حل العقد وفسخه[٦].

رابعاً: قياس حل العقد وفسخه على الطلاق، بجامع أن كلّاً منهما عقد جعل إلى اختيار صاحبه، فيجوز مع غيبة الطرف الآخر، وعدم رضاه[٧].

---

(١) ينظر: المنتقى (٥/ ٥٩) - القوانين الفقهية ص٢٩٥- الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٩٨).

(٢) ينظر: الوسيط (٣/ ١١٠) - روضة الطالبين (٣/ ٤٧٨) - أسنى المطالب (٢/ ٦٦) - حواشي التحفة (٤/ ٣٤٦).

(٣) ينظر: المغني (٣/ ٥٠٣) - المبدع (٤/ ٧٩) - كشاف القناع (٣/ ٢٠٥) - مطالب أولي النهى (٣/ ٣٩).

(٤) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٥٠).

(٥) ينظر: المغني (٣/ ٥٠٣).

(٦) ينظر: كشف الأسرار، البخاري (٤/ ٣٥٠).

(٧) ينظر: الكافي، ابن قدامة (٢/ ٢٩) - المبدع (٤/ ٦٩).

الترجيح : الراجح هو قول الجمهور بأنه لا يشترط لحل العقد وفسخه في زمن الخيار علم الطرف الآخر ؛ وذلك لقوة دليله، ولأنه يتوافق مع مقصد الخيار الذي شرع من أجله، وهو إعطاء العاقد الحرية في حل العقد وفسخه عند حصول مُوجِب ذلك.

وعلى ذلك فإن العقد الطبي ينحل متى توفرت فيه الشروط السابقة.

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على انحلال العقد الطبي

هناك عدد من الآثار المترتبة على انحلال العقد، ومنها ما يلي:

الأثر الأول: إعادة المتعاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد:

إعادة المتعاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد يعتبر أهم الآثار وأبرزها الناتجة عن انحلال العقد والمترتبة عليه؛ لأن الانحلال حَلٌّ لارتباط العقد، ونقضٌ للالتزام القائم، والمبدأ العام في نتائج انحلال العقود أنه يوجب إعادة المتعاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد، ويستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل(١)، ويكون ذلك من حين وقوع الفسخ لا من أصل العقد(٢).

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/ ٥٩٦) - نظرية الفسخ، حوران ص٤٥٠ وما بعدها.

(٢) اختلف الفقهاء فيما إذا فسخ العقد هل يرفع العقد من أصله أم من حين وقوع الفسخ، وخلافهم على قولين: القول الأول: أنه يرتفع من أصله، وهذا قول أكثر الحنفية، وقول عند الشافعية، والحنابلة، واستدلوا: بأن الفسخ رفع وإنهاء، وذلك يستوجب رفع العقد من أصله، وذهب بعض الحنفية، وهو قول المالكية فيما يستفاد من فروعهم الفقهية، وهو الأصح عند الشافعية، وهو مذهب الحنابلة إلى أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله، واستدلوا: بأن الفسخ لا يمكن أن يرفع العقد من الأصل؛ لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كذلك، والفسخ لا يتصور دون وجود عقد، فإذا انعدم العقد من أصله انعدم الفسخ أيضاً تبعاً له. ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٩٥) (٥/ ١٨٢) - تبيين الحقائق (٤/ ٣٩) - أشباه ابن نجيم ص٣٣٩ - حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٥) - المدونة (٢/ ٣٧١) - البيان والتحصيل (٤/ ٢٠٣) - قواعد المقري ص٣١٦ - إيضاح المسالك ص١٤٧، ١٥٠ - مواهب الجليل (٢/ ٦٤) - روضة الطالبين (٣/ ٤٩١) - المنثور (٣/ ٤٩) - أشباه السيوطي ص١٠١، ٢٩٢ - مغني المحتاج (٢/ ٤٢٢)- شرح الزركشي (٣/ ٥٧٧) - قواعد ابن رجب ص٤٧ - الإنصاف (٤/ ٤٨١) - كشاف القناع (٣/ ٢٥٠) - نظرية الفسخ، حوران ص٤٥٠ - انفساخ العقد، الصدر ص١٧٢.

ويظهر أثر الفسخ على الطرفين المتعاقدين، ولا يكون له أثر على حقوق الغير ؛ لأن الأصل في العقود اللزوم، والانحلال أمر طاريء عليها، فإذا ما ترتب للغير حق في محل العقد، كبيع المشتري ما اشتراه، أو صالح عليه، أو وهبه كان هذا مانعاً من الانحلال حال وقوعه، حفاظاً على ذلك الحق(١).

تكون نتيجة انحلال العقد على شكلين :

الأول : الاستناد، ويقصد به : أن يكون انحلال العقد مستنداً، له أثر رجعي منسحب على الماضي، فيوجب التراجع فيما نُفِّذ من التزامات العقد، كالبيع الذي يوجب فسخه التراد في الثمن والمثمن، ويسمى انحلال العقد في حالة الاستناد : فسخاً، أو انفساخاً.

الثاني : الاقتصار، ويقصد به : أن يكون انحلال العقد مقتصراً، ليس له أثر رجعي، وإنما يسري حكمه على المستقبل فقط، كالإجارة فإن انحلالها يؤثر على الزمن الباقي بعد الانحلال، أما ما مضى فيكون على حكم العقد، ويسمى انحلال العقد في حالة الاقتصار : إنهاءً، وانتهاءً(٢).

وعليه فإن العقد الطبي إذا انحل بين الطبيب والمريض أعادهما إلى وضعهما قبل التعاقد، فإن كان التعاقد بينهما على ثمن مبيع ونحوه وجب التراد بينهما في الثمن والمثمن، وإن كان التعاقد على استئجار الطبيب

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧) - تبيين الحقائق (٤/ ٦٤) - المنتقى (٥/ ٥٨) - مواهب الجليل (٤/ ٤١٩) - مغني المحتاج (٢/ ٤٧٢) - الإنصاف (٤/ ٣٨٣) - كشاف القناع (٣/ ٢٠٨-٢٠٩).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٥٩٨) - الموسوعة الفقهية الكويتية (٦/ ٣٩) - ضوابط العقد ص٣٢٩ - أسباب انحلال العقود المالية ص٤٤- نظرية الفسخ، حوران ص٤٥٢ - انفساخ العقد، الصدر ص١٦٨.

لعمل طبي معين انحل العقد الطبي فيما تبقى من المدة دون ما مضى.

الأثر الثاني : الالتزام بالرد :

ويقصد بذلك : وجوب التراد في البدلين حال قيامهما في عقود المعاوضات المالية(١).

فوقوع الفسخ بأسبابه المتعددة يوجب رد أحد البدلين، أو كليهما حسب طبيعة العقد القابل للفسخ، ويشترط لذلك ألَّا يوجد مانع يمنع الرد كتصرف أحد المتعاقدين بمحل العقد ببيع، أو هبة، ونحوهما، ففي العقود اللازمة التي يدخلها خيار كخيار الشرط، أو العيب، أو الغبن يكون حق الرد فيها لصاحب الخيار الذي يملك الفسخ، وكذلك في عقد الإجارة فإن من استأجر داراً فوجد بها عيباً حادثاً يضر بالسكنى جاز له الفسخ، ورد العين المستأجرة إلى مالكها، واسترداد الأجرة، ويثبت الاسترداد بالإقالة، ومثل ذلك انحلال العقد بسبب الفساد عند الحنفية يوجب رد العين(٢).

وعليه **فإن العقد الطبي** يقع فيه التراد كسائر العقود، فيحصل التراد في ثمن الأدوية، ويحصل في الغرفة الطبية المستأجرة، أو الآلات الطبية المستأجرة إذا وجد بها عيب، ويحصل التراد عند الإقالة.

الأثر الثالث : الالتزام بالتعويض :

ويقصد بذلك : طلب المثل، أو القيمة عند حدوث مانع في العين

---

(١) ينظر: نظرية الفسخ، حوران ص٤٥٧.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠١) - تبيين الحقائق (٤/ ٦٤) - البحر الرائق (٦/ ٣٩) - مواهب الجليل (٥/ ٢٩٧) - شرح الخرشي (٦/ ١٥٣) - الشرح الكبير (٣/ ٣٩) - روضة الطالبين (٣/ ٥٠٠) - الغرر البهية (٣/ ٢٨٦) - مغني المحتاج (٣/ ٤٠٦) - المبدع (٤/ ١٢١) - الإنصاف (٤/ ٣٧٣) - كشاف القناع (٣/ ٢٥٠).

بعد فسخها يمنع ردها، كاستهلاكها، أو تلفها، أو تغيرها تغيراً يخرجها عن اسمها[(١)].

الأصل في المعقود عليه بعد انحلال العقد أنه أمانة بيد العاقد غير المالك، فإن تلفت العين في يده دون تعد منه أو تقصير فلا ضمان عليه، وإن تعدى أو فَرَّط ضمن، وإن منع تسليم العين ضمن مطلقاً، سواءً حصل منه تعدٍ، أو تفريط، أو لم يحصل منه ذلك[(٢)].

ومما يدخل في الالتزام بالتعويض: تعويض الضرر الناتج عن ضياع المصلحة بسبب تقصير أو إهمال، أو عدم احتراز، ويكون تقدير التعويض عن طريق الاتفاق، أو بواسطة القضاء[(٣)].

وعليه فإن التعويض يحصل في العقد الطبي كغيره من العقود، ويتحقق ذلك عندما يمتنع الطبيب عن إتمام العمل الطبي المتعاقد عليه، ويترتب على امتناعه ضرر محقق بالمريض، فيلزم الطبيب حينها بتعويض المريض عن الضرر الذي وقع عليه[(٤)]، فإن المتقرر عند الفقهاء أنه إن حصل ضرر على المستأجر رجع بقيمة ما فوته[(٥)]، وأن " التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه "[(٦)].

---

(١) ينظر: نظرية الفسخ، حوران ص٤٦٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٠-٣٠٥) -حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٣-٢٤) - نهاية المحتاج (٥/ ٣٠٩) - قواعد ابن رجب ص٤١٧ - الإنصاف (٤/ ٤٣٥) - منار السبيل (١/ ٣٢١).

(٣) ينظر: نظرية الضمان، الزحيلي ص٢٤ - ٢٥ - نظرية الفسخ، حوران ص٤٧٣.

(٤) ينظر: العقد الطبي، المبارك ص٢٩٥ - ٢٩٦.

(٥) ينظر: المغني (٥/ ٣٤٤) - الشرح الكبير (٦/ ٥٩).

(٦) القواعد، ابن رجب ص١١١.

الأثر الرابع : الالتزام بدفع الأجرة في عقود الإجارة فيما مضى من العقد :

العقد الطبي إذا كان في صورة الإجارة فإن العقد ينحل من حينه ؛ لأن عقد الإجارة عقد زمني يقبل الانحلال فيما بقي من الزمن دون ما مضى، فإذا كان الانحلال بعد استيفاء بعض المنفعة، ودون تعد أو تفريط قُسِّم المُسَمَّى من الأجرة على ما استوفي وعلى ما بقي، فما قابل المُسَتوفَى استقر في ذمة صاحب العمل ولزمه أداؤه، وما قابل الباقي سقط، أما إن كان العمل الطبي مما يختلف أجره باختلاف الأوقات، أو المواسم، أو العروض الطبية، ونحوها فإنه يُرجع في تقديره وتقويمه إلى أهل الخبرة، وذلك إنما يكون إذا كان العقد صحيحاً، أما إن كان العقد فاسداً فإنه يُرجع في تقديره إلى أجرة المثل[1].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٥) - الهداية (٣/ ٢٣١) - الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٧) - البيان والتحصيل (٨/ ٤٧٧) - الذخيرة (٥/ ٣٨٦) - الشرح الكبير (٤/ ٤) - الحاوي (٧/ ٣٩٦) - روضة الطالبين (٥/ ٢٣١) - أسنى المطالب (٢/ ٤٢٦) - المبدع (٥/ ١١٠) - الإنصاف (٦/ ٧٤) - كشاف القناع (٤/ ٣٦).

المبحث الرابع

صيغة حَلِّ العقد الطبي، وكيفيته

حَلُّ العقد الطبي يشمل الأمور التالية :

الأمر الأول : صيغة حَلِّ العقد الطبي :

انحلال العقد الطبي كغيره من العقود يكون بإحدى الصيغتين التاليتين :

أ - **الصيغة القولية**، ويقصد بها : كل لفظ يدل على عدم الرضا، ويؤدي المقصود، كقول : فسخت العقد، أو حللته، أو أسقطته.

ب - **الصيغة الفعلية**، ويقصد بها : انحلال العقد بكل فعل يدل على عدم الرضا، كالتصرف في المبيع، أو تسليم العين المستأجرة، أو رجوع الجاعل في جُعْله[١].

الأمر الثاني : كيفية حل العقد الطبي :

ويشمل ذلك ما يلي :

أولاً : العقد الطبي كغيره من العقود قد ينحل بطريق الضرورة كما في تعذر التنفيذ إذا سكن وجع السن، وبرأ موضع الألم، وقد ينحل بطريق الاختيار والقصد، وهو ما يسمى بالانحلال الاتفاقي عن طريق الإقالة، فإن الإقالة من أسباب انحلال العقد الطبي كغيره من العقود،

---

(١) ينظر: مجلة الأحكام العدلية م (٣٠٢) ص١٣٨ - نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، أسمادي ص١٧٠ -١٧٣.

وقد ينحل العقد الطبي بطريق التقاضي كما لو تحالف الطبيب والمريض، أو كان هناك عيب في العقد، وقد ينحل بحكم الشرع كما لو جن الطبيب، أو ارتد، أو مات، أو تلف المعقود عليه، وغيرها من الأسباب، وقد ينحل انحلالاً انفرادياً، وهذا يتحقق عندما يكون العقد الطبي في صورة الجعالة(١).

ثانياً : العقد الطبي قد يقع له الانحلال في ابتدائه، وقبل لزومه، كما في انحلال العقد بسبب الخيار، أو الإقالة، أو التحالف، أو تلف المبيع، ونحوه، وقد يكون انحلاله وفسخه بعد لزومه، كما في انحلال العقد بسبب تعذر التنفيذ، أو الإفلاس، أو بسبب فساد العقد، أو الأعذار الطارئة عند الحنفية، ونحو ذلك(٢).

ثالثاً : انحلال العقد الطبي في زمن الخيار إما أن يكون بطريق الفعل، أو بطريق اللفظ كما تقدم، فإن كان بطريق الفعل فلا يشترط علم العاقد الآخر، وكذلك إذا كان بطريق اللفظ على الراجح؛ لأن مقتضى الخيار وموجبه حَلُّ العقد أو إجازته، والإجازة تتم بغير حضور الطرف الآخر ولا علمه ولا رضاه فكذلك حل العقد وفسخه، ولأن العاقدين لما اتفقا على اشتراط الخيار كان ذلك منهما اتفاقاً على الحق في حَله وفسخه، فلا يحتاج إلى إذن ولا حضور بل هو حق خالص لمن له الخيار(٣)

---

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤٣١٤٧) - نظرية الفسخ، حوران ص٤٧٥ وما بعدها - نظرية فسخ العقود، أسمادي ص١٧٤ وما بعدها.

(٢) ينظر: نظرية فسخ العقود، أسمادي ص١٧٩.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٣) - الهداية (٣/ ٢٩) - تبيين الحقائق (٤/ ١٨) - حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٨٠) - المنتقى (٥/ ٥٩) - القوانين الفقهية ص٢٩٥ - الشرح الكبير وحاشيته (٣/ ٩٨) -الوسيط (٣/ ١١٠) - روضة الطالبين (٣/ ٤٧٨) - أسنى المطالب (٢/ ٦٦) - حواشي التحفة (٤/ ٣٤٦)- المغني (٣/ ٥٠٣) - المبدع (٤/ ٧٩) - كشاف القناع (٣/ ٢٠٥) - مطالب أولي النهى (٣/ ٣٩).

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث فإني أحمد الله ﷻ على سابغ فضله، ودوام توفيقه، فله الحمد حمداً يوافي نعمه، ويكافيء مزيده، فهو خير معين، وأفضل مرشد.

ويطيب لي في ختام هذا البحث أن أسجل أهم النتائج، والتوصيات :

أولاً : النتائج :

١ - العقد الطبي يقصد به : التزام، يقتضي قيام الطبيب، أو من ينوب عنه بأداء عمل طبي، بعوض، يدفعه المريض، أو من يقوم مقامه.

٢ - العقد الطبي من أهم العقود، ومن أوسعها انتشاراً، وهو متعلق بجسم الإنسان، وينشأ عنه عدد من الالتزامات والحقوق، وأبرز ما يميزه : الإنسانية، والمصداقية، والثقة، والاستمرارية، وبذل العناية، والاهتمام بالالتزامات المتقابلة.

٣ - العقد الطبي قد يكون لفظياً، وقد يكون غير لفظي، وقد يكون صريحاً، وقد يكون غير صريح، وقد يكون العقد الطبي معيناً وقد يكون غير معين، وقد يكون موثقاً أو غير موثق، وقد يكون بين شخصين طبيعيين، أو اعتباريين، أو أحدهما طبيعي، والآخر اعتباري.

٤ - أركان العقد الطبي تتمثل في : الصيغة وهي : الإيجاب الصادر من

الطبيب والقبول الصادر من المريض، والعاقدين، وهما : الطبيب والمريض، والمعقود عليه، وهما : العمل الطبي، والعوض.

٥ - شروط العقد الطبي قسمان : شروط عامة، وشروط خاصة، فمن الشروط العامة : وضوح دلالة الصيغة، وتوافق الإيجاب والقبول، واتصال القبول بالإيجاب، وتحقق أهلية الطبيب والمريض، وحصول الرضا منهما بإجراء العقد الطبي، وأن يكون العمل الطبي معلوماً، ومباحاً،ومقدوراً على تسليمه، وأن يكون له قيمة مالية، وأما الشروط الخاصة في العقد الطبي فهي : أن يكون الطبيب مؤهلاً لممارسة العمل الطبي، وأن يكون مأذوناً له بذلك، وأن يلتزم بالأصول العلمية للمهنة الطبية

٦ - إذا كان المريض مجنوناً جنوناً مطبقاً أو كان معتوهاً،أو كان صغيراً فلا يصح عقده ولا إذنه الطبي، ويكون ذلك مناطاً بوليه، أو وصيه، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة، والحالات اليسيرة التي جرى العرف بالمسامحة فيها، وأما إن كان المجنون جنونه غير مطبق، وكان لإفاقته وقت معلوم، فما قاله حال إفاقته فهو معتبر، وما صدر منه حال جنونه فغير معتبر.

٧ - قد يتعرض الرضا بالعمل الطبي لبعض العيوب التي تؤثر على تحققه، ومنها : الغلط، والتغرير، والغبن، والتدليس، والإكراه، فهذه العيوب تؤثر في تحقق الرضا بالعمل الطبي، وتثبت للمريض الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه.

٨ - العلم بالعمل الطبي يتحقق برؤية المريض، وما يحتاجه من إجراء طبي، أو بوصف المريض لما ألم به من عارض صحي يحتاج للمعالجة، أو ببيان مدة المعالجة، ونوع العمل الطبي، ويكون بيان

ذلك بالنص عليه، أو بالعرف المطرد، والتقدير بالمدة في العمل الطبي تتحقق بتعيين الطبيب الذي سيقوم به، والتقدير بالعمل يتحقق بذكر الأوصاف التي تميزه وتحدده : جنساً، ونوعاً، وقدراً.

٩ - إذا كان العمل الطبي المتعاقد عليه محرماً لم يصح العقد.

١٠ - تحصل القدرة على التسليم في العقد الطبي بوسيلتين : القدرة الحسية، بأن يكون الطبيب مالكاً للمنفعة الطبية، وأن يكون قادراً على إيصالها، والقدرة الشرعية بأن تكون المنفعة التي يقدمها الطبيب سائغة شرعاً، وتسقط قيمة المنفعة الطبية إذا كانت محرمة لا قيمة لها أو كانت تافهة.

١١ - الإذن الطبي يتضمن ثلاثة أنواع : إذن الشارع، بأن يكون العمل الطبي المتعاقد عليه مشروعاً غير محرم، وإذن الحاكم أو من يمثله، وذلك يكون بالترخيص للأطباء، وتمكينهم من ممارسة العمل الطبي، وإذن المريض، ويكون بموافقته أو وليه على الإجراءات الطبية اللازمة، ولا يسقط إذنه إلَّا في الحالات الخطرة المهددة لحياته، أو الحالات التي تقتضيها المصلحة.

١٢ - اتباع الأصول العلمية للمهنة الطبية أمر معتبر عند الفقهاء، ويرتكز على أمرين : الأول : ثبوت المعرفة الطبية بين خبراء الأطباء، والثاني : اشتهار المعرفة الطبية وجريانها مجرى الأصل المقرر مهنياً، ويتضمن ذلك : أن يتجنب الطبيب التعدي أو التفريط في العمل الطبي.

١٣ - يجوز استئجار الطبيب للعمل الطبي، ويكون مورد عقد الإجارة الطبي هو عمل الطبيب المبني على علمه وخبرته الطبية التي تقابل بعوض من قبل المريض.

١٤ - للتعاقد بين الطبيب والمريض في عقد الإجارة صورتان: الصورة الأولى: التعاقد مع طبيب معين على عمل طبي يقوم به، كما لو استأجر المريض طبيباً أو ممرضاً يتولى رعايته وملاحظته مدة من الزمن مقابل عوض يتفق عليه، والصورة الثانية: التعاقد مع الطبيب في ذمته على عمل طبي معلوم، مضبوط بصفات محددة، كما لو قال المريض: ألزمت ذمتك إجراء هذه العملية.

١٥ - الطبيب قد يكون أجيراً خاصاً أو مشتركاً، والأصل فيه أن يكون مشتركاً؛ لأنه نصب نفسه لعامة الناس، ولأنه يأخذ أجره على التشخيص والعمل، كالطبيب الذي يفتح عيادته لعموم الناس، وكالمستشفيات الاستثمارية، ومعامل التحليل، ومع ذلك فقد يكون الطبيب أجيراً خاصاً إذا كان عمله يختلف بحسب الحاجة، أو إذا سَلَّم الطبيب نفسه للمريض في زمن معين، يختص المريض فيه بنفعه، ولا يشاركه غيره، ويظهر أثر ذلك في جواز الاستنابة، وفي استحقاق الأجرة.

١٦ - يشترط في المدة في العقد الطبي أن تكون ضابطة للمنفعة المعقود عليها، بأن تكون معلومة محددة، ترفع الجهالة، وتمنع النزاع، ويمكن أن يحدد العقد الطبي بأي وقت من الزمن كالساعة، أو اليوم، أو الشهر، ويصح أن يتم التعاقد على مدة لا تلي العقد، كما يصح أن يكون العقد الطبي مطلقاً غير محدد البداية، وتكون بدايته عقب العقد، ويصح العقد الطبي إذا ورد على مدة طويلة إذا كانت المدة مما يتحقق أو يغلب على الظن بقاء الشيء فيها.

١٧ - توابع العقد الطبي في صورة الإجارة إما أن تجب بأصل العقد فهذه تكون على الطبيب كأدوات الطبيب التي يعالج بها، وإما أن

تكون مما يجب بالشرط، أو بالعرف فهذه تجب على المريض أو على الطبيب بمقتضى ذلك، وإذا لم يوجد شرط، ولا عرف، او اضطرب العرف فينظر إن كان العمل مما يتسامح فيه الناس، وكان لا يورث نزاعاً كان على من تحمله منهما، وإن كان لا يتسامح به في المعاملة، أو كان يورث نزاعاً وجب بيانه عند التعاقد.

١٨ - قد يكون العقد الطبي في صورة الجعالة إذا تضمن لفظاً موجهاً إلى غير معين، كقول المريض : من يداويني أو يداوي مريضي أعطيه كذا، أو تضمن العقد اشتراط البرء من المريض، أو قام الطبيب بإنقاذ مريض من هلكة، وعلاجه، أو تضمن الخضوع للمشاركة في إجراء التجارب الطبية ؛ لأن ذلك قد يتضمن جهالة العوض، والعقد يصح مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم، ولا تفضي إلى المنازعة، ويصح العقد الطبي في صورة الجعالة في كل عمل طبي مباح.

١٩ - قد يكون العقد الطبي في صورة البيع إذا تضمن بيع منافع الطبيب كأن تشتري منشأة صحية، أو شخصاً ثرياً منفعة الطبيب بحيث لا يعمل عند أحد غير مشتري منفعته، مقابل عوض مالي يدفع مرة واحدة، وهذه الصورة لا تصح، ومن أحوال العقد الطبي في صورة البيع : بيع الحقوق الطبية، كحق ابتكار دواء طبي، أو جهاز طبي إذا كان المريض طرفاً فيه، ومن أحوال العقد الطبي في صورة البيع : بيع الأدوية الطبية، وكذلك استصناع التركيبات الطبية.

٢٠ - كَيَّف جملة من الباحثين العقد الطبي بأنه عقد عمل، أو وكالة، أو عقد مقاولة، أو إذعان، أو عقد غير مسمى، وهذه التكييفات منها ما هو بعيد فقهاً ونظاماً، ومنها ما يؤول إلى تكييف فقهي، وعليه

فإن العقد الطبي لا يخرج عن أن يكون عقد إجارة، أو جعالة، أو بيع.

٢١ - التداوي مباح من حيث الأصل، وقد يخرج عن أصل الإباحة إلى التحريم أو غيره إذا كان وسيلة إلى ذلك، فإن كان وسيلة إلى محرم كان محرماً، وإن كان وسيلة إلى مأمور به كان واجباً.

٢٢ - العقد الطبي من العقود المشروعة المباحة؛ لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، ولأنه قد جرى عليه عمل الناس، وتعارفوا عليه، والقول بإباحته يوافق مقاصد الشريعة، وقواعدها، ويسرها، ولأنه لا يخرج عن الإجارة، أو البيع، أو الجعالة، وهي عقود مباحة فيكون له حكم الإباحة.

٢٣ - إذا اجتمع في العقد الطبي عقدان مختلفا الحكم على محلين بثمن واحد فهو عقد جائز، فإن كان المحل واحداً فهو غير جائز، فإن كان العقد وارداً على محلين مختلفين بعوضين متميزين دون اشتراط فهو جائز، ويجوز اجتماع الإجارة الخاصة والمشتركة، سواءً استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً، أو كان الأجير خاصاً في وقت وحال، ومشتركاً في وقت وحال أخرى، ويجوز الجمع بين المدة والعمل في عقدي الإجارة، أو الجعالة.

٢٤ - الشروط في العقد الطبي إن كانت من مقتضى العقد، أو كانت لمصلحته، أو كانت لمصلحة العاقدين فهي صحيحة، وإما إن شرط عقد في عقد فإن اشترط عقد البيع أو عقد معاوضة في القرض فهو محرم، وإن كان المشترط عقد معاوضة في عقد معاوضة أخرى فيجوز إذا لم يؤد ذلك إلى مآل ممنوع، وأما إن كان الشرط منافياً لمقتضى العقد فهو باطل لا يصح، والشروط الصحيحة المقترنة

بالعقد الطبي يجب الوفاء بها والوقوف عندها، ولكل من طرفي العقد: الطبيب أو المريض حق فسخ العقد عند عدم الالتزام بمقتضى الشروط.

٢٥ - العقد الطبي من حيث غايته عقد تمليك للعين أو للمنفعة، وهو من العقود العائدة إلى عقد مسمى، وإن لم يسم بعينه، وإذا صدر من أهله وسلمت أوصافه من الخلل فهو عقد نافذ تترتب عليه آثاره في الحال، وهو من العقود اللازمة في صورة البيع، أو الإجارة، ومن العقود الجائزة في صورة الجعالة إلَّا إذا أتم الطبيب عمله الطبي أصبح العقد لازماً، والأصل فيه أنه من عقود المعاوضات، ولكنه قد يخرج إلى عقود التبرعات في صورة الاستشارات الطبية المجانية، أو بذل الأدوية مجاناً، والأصل في العقد الطبي أنه من العقود المؤقتة، ولكنه لا يكون مؤقتاً في صورة البيع.

٢٦ - العوض في العقد الطبي قد يكون عيناً، وقد يكون ديناً، وقد يكون منفعة، وقد يكون حقاً، وقد يعجل، وقد يؤجل، وقد يقسط، وقد يطلق، ويشترط في العوض في العقد الطبي أن يكون مالاً مباحاً طاهراً، معلوماً، مملوكاً، ومقدوراً على تسليمه إلَّا فيما دعت الحاجة إليه في الجعالة، وكان مما لا يمنع التسليم، ولا يؤدي إلى النزاع.

٢٧ - يستحق الطبيب ثمن الأدوية، والتركيبات الطبية في عقد البيع، والأجرة في عقد الإجارة، والجُعْل في عقد الجعالة، والثمن والأجرة في العقد الطبي يصح اشتراط تعجيلهما، وتأجيلهما، وإذا أطلقا حُمِلا على التعجيل في الثمن، وأما في الأجرة فإن كان الطبيب أجيراً خاصاً ملك الأجرة بالعقد، وتسليم نفسه للعمل،

وإن كان الطبيب أجيراً مشتركاً ملك الأجرة بالفراغ من عمله الطبي، وأما الجُعْل فإن الطبيب لا يملكه إلا بالانتهاء من عمله.

٢٨ - للطبيب الحق في حبس الأدوية والتركيبات الصناعية وحقه في الابتكار لاستيفاء الثمن، وله الحق في حبس التحاليل الطبية، والأشعة، والامتناع عن إجراء العمليات الجراحية، ونحوها حتى يستوفي أجرته بشرط ألَّا يترتب على ذلك ضرر على المريض، ولكن لا يحق حبس الآدمي لاستيفاء الأجرة، سواءً كان ميتاً أم حياً.

٢٩ - التسعير في العمل الطبي جائز إذا تحقق به العدل، واقتضته الحاجة العامة، فيجوز تحديد أجور الأطباء وأثمان الأدوية.

٣٠ - التأمين الصحي : نظام، يتم من خلاله جمع جزء من المال، من المؤمن لهم، في صورة أقساط شهرية، أو سنوية، تدفع مقابل الرعاية الصحية لهم، أو لغيرهم، ممن يريدون، عند حاجتهم لذلك، خلال مدة التعاقد، وقد يكون التأمين الصحي تجارياً، وقد يكون تعاونياً، وقد يكون اجتماعياً، فإن كان تجارياً فهو محرم، وإن كان تأميناً تعاونياً أو اجتماعياً فهو جائز.

٣١ - التأمين الصحي له صورتان: الأولى : الوسيلة المباشرة التي يقوم الفرد فيها أو المؤسسة بإبرام عقد التأمين مع المؤسسة العلاجية مباشرة، كمن يتفق مع مستشفى على معالجته طيلة فترة معينة لقاء مبلغ معين، فيجوز ذلك إذا انضبط العمل المتعاقَد عليه، والثانية : الوسيلة غير المباشرة، التي يتم إبرام العقد فيها مع شركة تأمين تقوم بدور الوسيط بين المستأمن وبين المؤسسة العلاجية، فإن كان من يقوم بذلك شركة تعاونية تقوم على مبدأ التعاون والتكافل،

بحيث يتحد فيها المؤمن مع المؤمن له فهو جائز، وأما إن كان الذي يقوم به شركة تأمين تجارية فهو محرم.

٣٢ - أخذ العوض من شركات التأمين يجوز إن كان التأمين تعاونياً، أو اجتماعياً، أما إن كان التأمين تأميناً تجارياً فإن كان آخذ العوض عالماً، قادراً على الاجتهاد، فيعمل باجتهاده، فإن كان يرى جواز التأمين التجاري جاز له أخذ العوض، وكان الكسب المترتب عليه مباحاً، وإن كان يرى تحريمه حرم عليه أخذ العوض، وكان الكسب حراماً يجب عليه التحلل منه، وأما إن كان مقلداً أو عامياً فهو على مذهب من قلده أو اتبعه، والمترجح عندي المنع من ذلك؛ لأن التأمين التجاري مشتمل على الغرر، فهو عقد فاسد لا يفيد الملك، والمال المكتسب عن طريقه مال حرام .

٣٣ - الأجرة في العقد الطبي هي العوض المسمى فيه، وقد تكون نقداً، أو عيناً، أو منفعة، ويلحق بها الأجر الإضافي، وكذلك الإكرامية، والعمولة.

٣٤ - يجوز أخذ الأجرة على الرقية والحجامة ؛ للحاجة التي تدعو إليها، ولأنهما من أنواع المداواة، والمداواة يباح أخذ الأجر عليها.

٣٥ - من الالتزامات الواجبة على الطبيب في العقد الطبي أن يقوم شخصياً بالعمل الطبي وأن يباشره بنفسه إذا وقع عقد الإجارة على عينه، أو قام بذلك شرط أو عرف، ومنها : أن يؤدي العمل الطبي حسب المتفق عليه، أو حسب ما شُرِط عليه في العقد، أو ما جرى به العرف،ومنها: بذل العناية الطبية الواجبة، المتفقة مع الأصول العلمية الثابتة، ومنها: أن يلتزم الطبيب بتبصير المريض تبصيراً دقيقاً، صادقاً، وكافياً بأسلوب واضح، ومنها : أن يحافظ

الطبيب على أسرار المريض، وأن يبتعد عن إفشائها إلَّا في الحالات المستثناة، كما ينبغي على الطبيب أن يتحلى بالأخلاق والآداب العامة من : الإخلاص، واحتساب الأجر، والتقوى، والصدق، وغيرها.

٣٦- من الالتزامات الواجبة على المريض دفع العوض للطبيب، وأن يتعاون معه، وأن يزوده بالمعلومات المهمة، وأن يُطْلِع الطبيب على كل العناصر المهمة التي تساعده في العلاج، وأن يحدد له موضع الألم، وأن يصف له الأعراض التي يشعر بها، وألَّا يخفي عنه شيئاً، وعلى المريض أن يلتزم بتنفيذ الإجراءات التنظيمية، وأن يتبع التعليمات الطبية، وأن يوفر وسائل الوقاية والعلاج.

٣٧- من أبرز حقوق الطبيب في العقد الطبي : حقه في أخذ العوض بأن يَعْرِف قَدْره، وأن يكافيء العوض جهده وعمله، وألَّا يُنْتقص منه، وأن يُمَكَّن الطبيب من أخذه، وألَّا يُمنع أو يؤخر عنه، وأن تحدد له ساعات العمل، وأن يمكن من التوقف عن العمل للعبادة، أو للراحة، أو للأكل ونحوها، وينبغي أن يُقَيَّد توقف الطبيب في كل موضع يصح فيه التوقف بأن لا يترتب على توقفه ضرر يلحق المريض، ومن حقوق الطبيب : حقه في النقل والسكن، والتعويض عن إصابات العمل، وتوفير وسائل التدريب والتعليم والتأهيل الطبي له.

٣٨- من أبرز حقوق المريض في العقد الطبي : حقه في العلاج، وفي اختيار الطبيب الذي يقوم بعلاجه إلَّا في الحالات المستثناة، وكذلك حَقُّه في الرضا عن العلاج المتمثل في الإذن الطبي الصادر عنه ومنها : حَقُّه في رفض العلاج، وعدم إكراهه على التداوي في

غير حالات الضرورة، وكذلك حقه في إنهاء عقد العلاج وحله.

٣٩ - ضمان الطبيب يقصد به : تَحَمُل الطبيب مسؤولية ما ترتب على فعله من تلف عضو، أو فوات منفعة، أو هلاك المريض إذا تعدَّى فيما أذن له فيه، أو أهمل أو قصَّر فيما يجب عليه مراعاته من أصول مهنته، ويعبر عن ضمان الطبيب بالمسؤولية الطبية، وتنقسم إلى قسمين : مسؤولية طبية أخلاقية، ومسؤولية طبية مهنية، والمهنية قد تكون : مدنية، وقد تكون جنائية، والمدنية قد تكون : عقدية، وقد تكون تقصيرية، ويشترط لضمان الطبيب أن يكون طبيباً، متخصصاً، معروفاً في عمله، مكلفاً، مختاراً، وأن يحصل منه ما يوجب تضمينه، وأن يوجد ضرر يلحق المريض ناتج عن إجراءٍ طبي، ثابت، ومحقق.

٤٠ - الأجير المشترك إن تعدى أو فرط ضمن، وإن لم يتعد أو يفرط ضمن ما تلف بفعله إن أمكنه التحرز منه، وما تلف بغير فعله أو بما لا يمكنه التحرز منه لم يضمنه، والأجير الخاص لا يضمن إلَّا إذا تعدى أو فرط، لكن الطبيب مستثنى مما سبق، سواءً كان أجيراً خاصاً أو مشتركاً،فإذا جرى العقد بينه وبين المريض مباشرة فلا ضمان عليه إذا عُرف حذقه ولم تجن يده ؛ لحاجة الناس إليه، ولأن ما قد ينتج عن العمل الطبي من مضاعفات لا يمكن التحرز عنها.

٤١ - إن تم العقد الطبي بين المريض وبين المنشأة الصحية، وكان الطبيب مرتبطاً بعلاقة تعاقدية مع المنشأة الصحية فالعلاقة بين المريض وبين المنشأة الصحية لها حكم الأجير المشترك، والعلاقة بين الطبيب وبين المنشأة الصحية لها حكم الأجير الخاص، ولا

يوجد علاقة تعاقدية بين الطبيب الذي يعمل في المنشأة الصحية وبين طالب الخدمة العلاجية، ويكون الضمان على المنشأة الصحية.

٤٢ - موجبات ضمان الطبيب قد تكون موجبات أخلاقية أدبية كالكذب، والغش، والإخلال بالمواعيد، وهتك العورات إذا ترتب عليها ضرر، وقد تكون موجبات مهنية كالجناية العمدية، والخطأ الطبي، ومخالفة الأصول العلمية للمهنة الطبية، والجهل بالطب، وتخلف الإذن الطبي، والتغرير، وإفشاء السر الطبي.

٤٣ - جناية الطبيب العمدية خلاف الأصل ؛ لأن الأصل من الطبيب عدم العداء، ولكن قد يحصل منه قصد الإضرار بالمريض، ويدخل في الجناية العمدية امتناع الطبيب عن علاج المريض مع قدرته على ذلك، وعدم تضرره.

٤٤ - الخطأ الطبي : هو أن يفعل الطبيب ما يضر المريض عن غير قصد منه، وقد يكون الخطأ جسيماً فاحشاً، وقد يكون يسيراً، وقد يكون مادياً، وقد يكون مهنياً، ويقع الخطأ من الطبيب نتيجة الإخلال بالأسباب العلمية أو المهنية أو عدم اتباع اللوائح والأنظمة، والطبيب يسأل عن كل خطأ يصدر منه، ويُرْجع في تقديره إلى أهل الطب والاختصاص.

٤٥ - الأصول العلمية للمهنة الطبية هي : القواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي، وهذه الأصول العلمية قسمان : أصول علمية ثابتة معتبرة عند أهل الطب يتفقون عليها ولا يختلفون فيها فلا يجوز للطبب مخالفتها، وتقوم المسؤولية الطبية في حقه عند المخالفة،

وأصول علمية غير ثابتة تختلف آراء الأطباء حولها فالطبيب يكون حراً في اختيار المناسب منها، ولا يسأل عند مخالفته لها.

٤٦ - الطبيب الجاهل هو الذي يعطي الأدوية المهلكة للناس، ولا يستطيع دفع الضرر عنهم عند ظهور المضرة والتهلكة، وقد يكون دعياً على مهنة الطب، وقد تكون لديه بعض المعرفة اليسيرة التي لا تؤهله للممارسة الطبية، وقد يكون لديه معرفة جيدة بفن من فنون الطب، ولكن يتصدى لممارسة الطب في التخصصات الأخرى، فكل طبيب أقدم على ذلك فهو جاهل وتجب مساءلته.

٤٧ - يجب على الطبيب الضمان إذا أقدم على العمل الطبي دون إذن المريض، أو غرر بالمريض، أو أفشى الأسرار الطبية التي يمنع من إفشائها.

٤٨ - إذا حصل موجب من موجبات تضمين الطبيب فينبغي إثبات ذلك بأي طريقة من طرق الإثبات : كالإقرار، والشهود، والخبرة الطبية، والقرائن، والملفات الطبية والمستندات الخطية، وإذا حصل خلاف بين الطبيب والمريض فيؤخذ بقول الطبيب ؛ لأن الأصل منه عدم العداء.

٤٩ - يترتب على إثبات موجبات ضمان الطبيب القصاص من الطبيب إذا قام بعمل من شأنه إحداث الموت عامداً عالماً به وبنتائجه، أو أقدم على عمل طبي دون إذن، أو غرر بالمريض على وجه العمد، أو امتنع عن علاج المريض المضطر وتركه حتى مات مع قدرته على علاجه وعدم تضرره، وتجب الدية في القتل العمد إذا اختارها أولياء الدم، وتجب كذلك في خطأ الطبيب، وتكون على عاقلته، وكذلك إذا كان الطبيب جاهلاً بالطب، ويجب تعزير

الطبيب الجاهل وغير المأذون له بسجنه وجلده، والحجر عليه، ومنعه من أخذ أجرته.

٥٠ - انحلال العقد الطبي يعني زوال الرابطة العقدية التي كانت تربط بين الطبيب والمريض، وقد يعبر عن الانحلال بالانفساخ، والفسخ، والانتهاء.

٥١ - ينحل العقد الطبي إذا كان في صورة الجعالة بسبب عارض لأحد العاقدين كالسفه، والجنون، والموت، وينحل في صورة البيع والإجارة والجعالة بإفلاس أحد طرفي العقد الطبي : الطبيب أو المريض، ولا ينحل العقد الطبي بالموت إذا كان في صورة البيع، أو كان في صورة الإجارة وكان التعاقد مع الطبيب في ذمته لا على عينه، وردة أحد طرفي العقد الطبي تجعل العقد موقوفاً.

٥٢ - المتعاقدان في العقد الطبي إذا تحالفا انفسخ العقد الطبي المبرم بينهما، ولا يحتاج ذلك إلى حكم حاكم بينهما، وينحل العقد الطبي بين طرفيه بالتقايل، سواءً شرعا في التنفيذ أم لم يشرعا.

٥٣ - الطبيب إذا أجرى العقد مع المريض على عمل معين في مدة معلومة جاز لكل منهما أن ينهي العقد بانتهاء مدته المتفق عليها، ما لم تكن حالة المريض تستدعي بقاء الطبيب بجانبه، فحينئذ يجب على الطبيب الاستمرار في مواساته، ولا يحق للمريض فسخ العقد مع الطبيب قبل انتهاء المدة خاصة مع تسليم الطبيب نفسه وقيامه بعمله.

٥٤ - الطبيب في صورة عقد الإجارة إذا أتم العمل المتعاقد عليه وفق ما اتُفق عليه هيئة وصفة فإن العقد ينتهي بانتهائه من تلقاء نفسه، ولا

يحق لأحد العاقدين أن يلزم الآخر بالإبقاء على العقد أو تجديده، أما إذا لم يتم الطبيب العمل الطبي فإن العقد لا ينفسخ، ولا يحق للطبيب فسخه إلَّا إن وافقه المريض، أما إذا كان العقد الطبي بين المريض والطبيب في صورة الجعالة فإنه ينتهي بإتمام العمل من الطبيب، فإذا لم يتمه الطبيب لم يستحق شيئاً.

٥٥ - متى فات شرط من شروط العقد الطبي فإن العقد لا ينعقد، ولا يلحقه انحلال، وإن كان الذي فات شرط من شروط النفاذ فإن العقد الطبي يكون موقوفاً، وتترتب آثاره عليه، فإن كان الذي فات شرط من الشروط الجعلية التي يصح اشتراطها فلطرفي العقد الحق في فسخه.

٥٦ - العيب في العقد الطبي نوعان: عيب لا يضر بالمنفعة الطبية، ولا يحصل بسببه تأثير عليها بالنقص فهذا العيب لا يعد موجباً لفسخ العقد، ولا يقبل من المريض مطالبته بفسخ العقد، وعيب يضر بالمنفعة الطبية، ويظهر بسببه تفاوت في الأجرة، فهذا العيب يبيح الفسخ.

٥٧ - العقد الطبي إذا كان في صورة البيع فإنه ينحل بهلاك المعقود عليه قبل القبض أو بعده إذا تلف بفعل آفة سماوية، أو بفعل أحد العاقدين، أو بسبب عام كحريق أو هدم، أو بسبب من الطبيب، فإن كان العقد في صورة الإجارة، وكان المعقود عليه بين الطبيب والمريض عيناً من الأعيان غير موصوفة في الذمة فهلكت انحل العقد قبل القبض مطلقاً، وبعده فيما بقي، وإن كان ذلك موصوفاً في الذمة لم ينحل العقد، وأما إن كان المعقود عليه عملاً من الأعمال التي يقوم بها الطبيب، فإن كان العمل في ذمته لم ينحل العقد، وإن كان

العمل متعلقاً بعينه انحل العقد، فإن هلك المريض انحل العقد بموته، وفي عقد الجعالة ينحل العقد بهلاك المعقود عليه مطلقاً.

٥٨ - العقد الطبي ينحل بسبب تعذر التنفيذ، وعجز العاقد عن المضي في موجب العقد، كسكون ألم السن، وبرء الجرح، وإن توقف الطبيب عن عمله بسبب مرضه، أو سجنه لزمه أن يقيم من يعمل ذلك العمل بدله إن لم يُشترط عليه العمل بنفسه، وإن حصل للطبيب مرض يضعف بسببه عن الإتيان بالعمل الطبي على وجه كامل غير منقوص انحل العقد.

٥٩ - قد يكون انحلال العقد الطبي اختياراً، وقد ينحل بطريق الضرورة كسكون ألم السن، وقد يكون انحلاله بحكم الشرع، أو بحكم قضائي، أو بإرادة انفرادية كالإقالة، ويشترط لانحلال العقد الطبي أن يكون العقد قابلاً للانحلال، وأن يقوم في العقد ما يوجب انحلاله، وألَّا يطرأ على العقد مانع يمنع انحلاله، وقد يقع الانحلال في بداية العقد قبل لزومه، وقد يقع بعد لزومه.

٦٠ - يترتب على انحلال العقد الطبي : إعادة المتعاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد، والالتزام بالرد، والتعويض، والالتزام بدفع العوض.

أما التوصيات التي خلصت إليها فأهمها ما يلي :

١ - الاعتناء بدراسة العقود التي يتعامل بها الناس، خاصة تلك العقود التي حظيت بدراسات قانونية واسعة، ولكنها لم تحظ بدراسات فقهية عميقة، ومنها : عقود الرعاية، وعقود الإيواء، وعقود التشغيل، وغيرها.

٢ - الاعتناء بالفقه الطبي، وتحرير مسائله، وجمع متفرقها، والتواصل مع الأطباء؛ للوقوف على جديد المسائل الطبية التي تحتاج إلى دراسات فقهية.

٣ - من خلال دراستي للعقد الطبي توصلت إلى جملة من الأبحاث التي تحتاج إلى جمع ودراسة، ومنها ما يلي:

أ - العرف وأثره في عقود الإجارة.

ب - حكم جهالة العوض في عقد الجعالة.

ج - بيع المنفعة على سبيل التأبيد، صوره وأحكامه.

د - حكم التزام المريض بقول الطبيب، والآثار المترتبة على ذلك.

هـ - الطب التجانسي حقيقته وأحكامه.

فهرس المصادر والمراجع

١ - أبجد العلوم، صديق القنوجي، دار ابن خزم، ط١، ١٤٢٣هـ.

٢ - أبحاث هيئة كبار العلماء، نشر رئاسة البحوث العلمية والإفتاء، ط٢ ١٤٢٥هـ.

٣ - إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، البوصيري، دار الوطن، ط١ ١٤٢٠هـ

٤ - إتمام الدراية لقراء النقاية، السيوطي، عناية : إبراهيم العجوز، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ.

٥ - آثار عقد الإجارة، فهد المشعل، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية لعام ١٤١١هـ.

٦ - إثبات خطأ الممارس الصحي في الفقه الإسلامي، أحمد الغامدي، بحث منشور بمجلة جامعة الملك خالد، مج (٢٣) العدد(٢) العام (١٤٣٦هـ).

٧ - أثر الاختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية، نائل قرقز، دار النفائس، ط١ ١٤١٩هـ.

٨ - أثر التداوي على الصلاة والصيام، زينب عياد، بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الإسلامي الثاني في القضايا الطبية المعاصرة المنعقد بجامعة الإمام عام ١٤٣١هـ.

٩ - أثر التوثيق في المعاملات المدنية، صحراوي خلواتي، بحث منشور بمجلة التنوير الصادرة عن المعهد العالي لأصول الدين بجامعة الزيتونة بتونس، العدد (١٠) السنة (٢٠٠٨م).

١٠ - الإجارة الواردة على عمل الإنسان، شرف الشريف، دار الشروق، ط١ ١٤٠٠هـ.

١١ - أجرة الطبيب، محمد أبو زهرة، بحث منشور بمجلة لواء الإسلام، العدد السادس.
١٢ - الأجرة في الفقه الإسلامي، التاج إبراهيم دفع الله، رسالة ماجستير في الفقه من كلية الشريعة والقانون بجامعة أم درمان الإسلامية، السنة ١٩٩٥م.
١٣ - إجمال الإصابة في أقوال الصحابة، خليل بن كيكلدي العلائي، تحقيق : محمد الأشقر، جمعية إحياء التراث الإسلامي بالكويت، ط١، ١٤٠٧هـ.
١٤ - الأجير الخاص، ضوابطه وأحكامه، عبدالله الموسى، بحث منشور بمجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (٣) ١٤٢٩هـ
١٥ - الآحاد والمثاني، ابن أبي عاصم، تحقيق : باسم الجوابرة، دار الراية، ط١ ١٤١١هـ.
١٦ - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ابن دقيق العيد، تحقيق : مصطفى شيخ، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٢٦هـ.
١٧ - أحكام الأدوية في الشريعة الإسلامية، حسن الفكي، دار المنهاج، ط١ ١٤٢٥هـ.
١٨ - أحكام الإذن الطبي، الجرعي، بحث منشور بمجلة الحكمة، العدد (٢٩)، السنة (١٤٢٥هـ).
١٩ - أحكام الإذن الطبي في العمليات الجراحية وأثره دراسة فقهية، عصام خرخاش، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية بكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، السنة ٤٣٢هـ.
٢٠ - أحكام الأشعة واستخداماتها في الفقه الإسلامي، عبدالله الخضيري، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٣٤هـ.
٢١ - أحكام الجراحة الطبية، محمد المختار الشنقيطي، مكتبة الصحابة، ط٣ ١٤٢٤هـ.
٢٢ - أحكام الجمع بين الأجرة والعمولة، عبدالله السيف، بحث منشور بمجلة الدراسات الإسلامية بكلية التربية بجامعة الملك سعود، المجلد (٢٦)، العدد (١) العام (٢٠١٤م).

٢٣ - أحكام الجنائز، الألباني، المكتب الإسلامي، ط٤ ١٤٠٦هـ.
٢٤ - أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بدران أبو العينين، مطبعة دار التأليف، ط٢ ١٩٦١م.
٢٥ - الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء، عناية : محمد الفقي، دار الكتب العلمية، ط٢ ١٤٢١هـ
٢٦ - الأحكام السلطانية، الماوردي، دار الحديث ط ١.
٢٧ - أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي، أحمد الدريويش، دار عالم الكتب، ط١ ١٤٠٩هـ.
٢٨ - الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، أحمد شرف الدين، نشر المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت، ط١ ١٤٠٣هـ
٢٩ - أحكام الشهادات في المذاهب الأربعة، المنيعي، دار العاصمة، ط١ ١٤٢٨هـ.
٣٠ - أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أحمد محمد داود، دار الثقافة، ط١، ١٤٣٢هـ
٣١ - أحكام العقود في الشريعة الإسلامية، محمد الدهمي وآخرون، نشر جامعة الأزهر، ط١ ١٩٦٦م
٣٢ - الأحكام الفقهية المتعلقة بالاستشارة الطبية الالكترونية، إبراهيم التنم، مجلة العلوم الشرعية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد(٣٧) السنة (١٤٣٦هـ).
٣٣ - أحكام القرآن، ابن العربي، عناية : محمد عطا، دار الكتب العلمية، ط٣ ١٤٢٤هـ
٣٤ - أحكام القرآن، الكيا الهراسي، عناية : موسى محمد، دار الكتب العلمية ط٢ ١٤٠٥هـ.
٣٥ - أحكام القرآن الجصاص، تحقيق : القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، ط ١٤٠٥هـ
٣٦ - أحكام المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف به في الفقه الإسلامي، عباس الباز، دار النفائس، ط١ ١٤١٨هـ.

٣٧ - الأحكام المتعلقة بالتحاليل الطبية والفحوصات المعملية في الفقه الإسلامي، عبدالله الشمراني، دار التدمرية، ط١ ١٤٣٦هـ.

٣٨ - أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، دار الفكر العربي، ط٢٠٠٨م

٣٩ - الأحكام النبوية في الصناعة الطبية، الحموي، تحقيق : أحمد الجمل، دار ابن حزم، ط١ ١٤٢٤هـ.

٤٠ - أحكام التأمين الصحي التعاوني الفقهية، عبدالله آل سيف، مكتبة العبيكان، ط١ ١٤٣٧هـ.

٤١ - أحكام حبس المبيع لاستيفاء الثمن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، إسماعيل شندي، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات بفلسطين، العدد (١٣) العام (٢٠٠٨م).

٤٢ - أحكام عقد الاستشارة، المحيسن، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٣٤هـ.

٤٣ - أحكام عقد العلاج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، سلامة عبدالفتاح حليبة، دار الجامعة الجديدة، ط٢٠٠٩م.

٤٤ - أحكام عيوب العقد في الفقه الإسلامي، موسى الأمير، رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الماجستير من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية لعام ١٤٠٤هـ.

٤٥ - الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، دار الحديث، ط١ ١٤٠٤هـ

٤٦ - الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، تحقيق : سيد الجميلي، دار الكتاب العربي ص١٤٠٤هـ

٤٧ - أحكام لزوم العقد، عبدالرحمن الجلعود، كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٢٨هـ.

٤٨ - أحكام المرضى، ابن تاج الدين، تحقيق : محمد البلخي، نشر وزارة الأوقاف بالكويت، ط١ ١٤١٨هـ.

٤٩ - إحياء علوم الدين، الغزالي، دار المعرفة.

٥٠ - الاختيار لتعليل المختار، الموصلي، مطبعة الحلبي، ط١٣٥٦هـ.

٥١ - اختلاف الفقهاء في مالية المنافع وآثاره، محمد النور، بحث منشور بمجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية بغزة، المجلد (٢٣) العدد (١) السنة (٢٠١٥)م.

٥٢ - اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، عبدالله آل سيف، كتاب البيع إلى نهاية السبق، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٣٠هـ.

٥٣ - أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، محمد الشلش، بحث منشور بمجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد (٩) العام (٢٠٠٧)م.

٥٤ - الأخطاء الطبية الدوائية، فاطمة محمد المأمون، بحث منشور بمجلة تعريب الطب الصادرة عن مركز تعريب العلوم الصحية بدولة الكويت، العدد (٢٤)، السنة (٢٠٠٩م).

٥٥ - الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي، بلحاج العربي بن أحمد، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (٥٢)، السنة (١٤٢٢هـ)

٥٦ - أخلاق الطبيب، الرازي، تحقيق : عبداللطيف محمد، دار التراث بمصر، ط١، ١٣٩٧هـ

٥٧ - الأخلاق والآداب الواجبة على الأطباء في مهنة الطب في ضوء الإسلام، محمد مقبول، بحث منشور بمجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، العدد (٢) السنة (١٤١٩هـ).

٥٨ - الأخلاق والآداب الواجبة على الأطباء في مهنة الطب في ضوء الإسلام، محمد مقبول حسين، بحث منشور بمجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، العدد (٢)، السنة (١٤١٩هـ)

٥٩ - أخلاقيات الطبيب، مسؤوليته وضمانه، علي داود الجفال، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد (٨) العام (١٤١٥هـ)

٦٠ - أخلاقيات الطبيب المسلم، سعد الشثري، دار إشبيليا، ط١ ١٤٢٤هـ.

٦١ - أخلاقيات الطبيب المسلم في ضوء السنة النبوية، نبيلة الحليبة، بحث منشور بمجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، المجلد (٧)، العدد (٣) (١٤٣٥هـ).

٦٢ - الأخلاقيات والآداب الإسلامية لمزاولة المهن الصحية، خالد الساعدي، نشر الإدارة العامة للخدمات الطبية للقوات المسلحة، ط١ ١٤٢٣هـ.

٦٣ - آداب البحث والمناظرة، الشنقيطي، تحقيق : سعود العريفي، دار عالم الفوائد، ط١ ١٤٢٦هـ.

٦٤ - الآداب الشرعية، محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وعمر القيام، مؤسسة الرسالة، ط٣ ١٤١٩هـ.

٦٥ - آداب المهنة الطبية، طريف الغريري، دار حضرموت للدراسات والنشر، ط١ ٢٠٠٨م.

٦٦ - آداب المهنة الطبية، طريف سرحان، دار حضرموت، ط١ ٢٠٠٨م.

٦٧ - أدب الدنيا والدين، الماوردي، دار مكتبة الحياة، ط١٩٨٦م ص ٢٠٩.

٦٨ - أدب الطبيب، إسحاق الرهاوي، تحقيق : مريزن عسيري، إصدار مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات، ط١ ١٤١٢هـ.

٦٩ - أدب الكاتب، ابن قتيبة، تحقيق : محمد محيي الدين المكتبة التجارية بمصر، ط٤ ١٩٦٣.

٧٠ - الأدب المفرد، البخاري، تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي، دار البشائر الإسلامية، ط٣ ١٤٠٩هـ.

٧١ - الأدوية المفردة، أبو جعفر الغافقي، تحقيق : إبراهيم مراد، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٤١١هـ

٧٢ - الإذن الطبي دراسة فقهية تطبيقية، مشعل عيادة، بحث منشور بمجلة البحوث الإسلامية بمصر، العدد (١) السنة (٢٠١٥) م.

٧٣- إذن الطفل بالعلاج، قيس المبارك، بحث منشور على الموقع الالكتروني http://www.isesco.org.ma/pub/ARABIC/TIFL/p.htm.

٧٤ - الإذن بالعمل الطبي إذن المريض وإذن الشارع، محمد علي البار، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، العدد(١٠) ط١٤٢٦هـ.

٧٥ - الإذن في إجراء العمليات الطبية أحكامه وأثره في ضمان الخطأ الطبي، هاني الجبير، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٣٦هـ.

٧٦ - الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة، عبدالفتاح إدريس وماجدة

الهزاع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

٧٧ - الإذن في العمليات الجراحية في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، أسامة الشيخ، بحث منشور بمجلة الأصول والنوازل، العدد (٣) السنة (١٤٣١هـ).

٧٨ - آراء أمريكية في تكوين الأطباء، بحث منشور في المجلة الطبية العربية الصادرة عن الرابطة النقابية لأطباء سورية، العدد (١٦)، السنة (٦).

٧٩ - إرادة المريض في العقد الطبي، زينة العبيدي، دار الكتب القانونية، ط٢٠١١م.

٨٠ - إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، القسطلاني، المطبعة الأميرية، ط٧ ١٣٢٣هـ.

٨١ - إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، عبدالرحمن بن عسكر، مطبعة البابي الحلبي، ط٣.

٨٢ - إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، أبو السعود، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط١

٨٣ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، تحقيق : أحمد عناية، دار الكتاب العربي، ط١ ١٤١٩هـ.

٨٤ - الإرشاد إلى سبيل الرشاد، ابن أبي موسى، تحقيق: عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤١٩هـ.

٨٥ - أساس البلاغة، الزمخشري، تحقيق : محمد باسل، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٩هـ

٨٦ - أسباب انحلال العقود المالية، عبدالرحمن العايد، نشر جامعة الإمام، ط١، ١٤٢٣هـ.

٨٧ - أسباب انحلال العقود غير المالية، أحمد اليوسف، دار التدمرية، ط١، ١٤٣٠هـ.

٨٨ - استحداث العقود في الفقه الإسلامي، قنديل السعدني، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٣٣هـ.

٨٩ - الاستذكار، ابن عبدالبر، تحقيق : سالم عطا ومحمد معوض، دار الكتب العلمية ط١ ١٤٢١هـ.

٩٠ - الاستقامة، ابن تيمية، تحقيق: محمد رشاد، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود، ط١ ١٤٠٣هـ

٩١ - الأسس الأخلاقية للمهن الطبية في الحضارة الإسلامية، مهدي رزق الله، مكتبة الرشد، ط١ ١٤٣٣هـ.

٩٢ - الإسلام والتأمين، شوقي الفنجري، عالم الكتب، ١٩٧٧م.

٩٣ - أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، ط١.

٩٤ - إسهامات المسلمين في أخلاقيات الطب، محمد قريبيز، بحث منشور بمجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، العدد (٢)، السنة (١٤١٩هـ)

٩٥ - الأشباه والنظار، ابن الوكيل، تحقيق : أحمد العنقري، مكتبة الرشد، ط٢ ١٤١٨هـ

٩٦ - الأشباه والنظائر، ابن نجيم، دار الكتب العلمية، ط١٤٠٠هـ.

٩٧ - الأشباه والنظائر، السبكي، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١١هـ.

٩٨ - الأشباه والنظائر، السيوطي، دار الكتب العلمية، ط ١٤٠٣هـ.

٩٩ - الإشراف على مذاهب العلماء، ابن المنذر، تحقيق : صغير أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، ط١ ١٤٢٥هـ.

١٠٠ - الإشراف على نكت مسائل الخلاف، عبدالوهاب البغدادي، تحقيق : الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط١ ١٤٢٠هـ.

١٠١ - الأشياء المختلف في ماليتها عند الفقهاء، صالح اللحيدان، بحث منشور بمجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، العدد (٧٦) السنة (١٤٢٦هـ).

١٠٢ - الإصابة في معرفة الصحابة، ابن حجر، تحقيق :البجاوي، دار الجيل، ط١ ١٤١٢هـ.

١٠٣ - أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٤هـ.

١٠٤- أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك، محمد بن حارث الخشني، تحقيق : محمد المجذوب وآخرون، الدار العربية للكتاب، ط١ ١٩٨٥م.

١٠٥- أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض السلمي، دار التدمرية، ط٢ ١٤٢٧هـ

١٠٦- أصول الفقه على منهج أهل الحديث، زكريا الباكستاني، دار الخراز، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ

١٠٧- أضواء البيان في إيضاح القرآن يالقرآن، محمد الأمين الشنقيطي، دار الفكر، ط١٤١٥هـ.

١٠٨- أضواء على أجرة الطبيب، تمام اللودعمي، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويتية، العدد التاسع والأربعون، السنة ١٤٢٣هـ.

١٠٩- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، عثمان شطا، دار الفكر، ط١ ١٤١٨هـ.

١١٠- إعداد الطبيب للرعاية الصحية الشاملة، حسني الرودي، نشر معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، ط١ ١٤١٦هـ.

١١١- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، تحقيق : محمد عبدالسلام، دار الكتب العلمية،ط١ ١٤١١هـ.

١١٢- الإعلام بنوازل الأحكام، عيسى بن سهل، تحقيق : يحيى مراد، دار الحديث، ط١٤٢٨هـ.

١١٣- إفشاء الأسرار الطبية والتجارية دراسة فقهية تطبيقية، ياسر الخضيري، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه من قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العام(١٤٣٢هـ).

١١٤- إفشاء الأسرار وأحكامه في الفقه الإسلامي، محمد علي واصل، دار طيبة، ط١ ١٤٢٧هـ.

١١٥- إفشاء السر أحكامه في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في مجال عمل الطبيب، محمد الأشقر، بحث منشور ضمن كتابه أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، دار النفائس، ط١ ١٤٢٦هـ.

١١٦- إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، علي محمد، دار الفكر الجامعي، ط١ ٢٠٠٧م

١١٧- الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، حسين المحلي، تحقيق : علي معوض وعادل عبدالموجود، دار القلم، ط١ ١٤١٦هـ.

١١٨- الإفصاح عن معاني الصحاح، ابن هبيرة، تحقيق : فؤاد عبدالمنعم، دار الوطن، ط١٤١٧هـ

١١٩- الإفصاح عن معاني الصحاح، ابن هبيرة، عناية : كمال العناني، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٧هـ.

١٢٠- الاقتضاب في غريب الموطأ وإعرابه على الأبواب، التلمساني، تحقيق : عبدالرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، ط١ ١٤٢١هـ.

١٢١- أقسام العقود في الفقه الإسلامي، حنان جستنيه، بحث ماجستير مقدم لقسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة أم القرى لعام ١٤١٨هـ.

١٢٢- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الخطيب الشربيني، دار الفكر، ط١٤١٥هـ.

١٢٣- الإقناع في فقه الإمام أحمد، الحجاوي، تحقيق : عبداللطيف السبكي، دار المعرفة.

١٢٤- الإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان، تحقيق، فاروق حمادة، دار القلم، ط١ ١٤٢٤هـ

١٢٥- إكليل الكرامة في تبيان مقاصد الإمامة، محمد صديق القنوجي، طبعة المطبع الصديقي بهوبال بالهند، ط١٢٩٤هـ.

١٢٦- الإكليل في استنباط التنزيل، السيوطي، تحقيق: سيف الكاتب، دار الكتب العلمية، ط١٤٠١هـ

١٢٧- إكمال الإعلام بثليث الكلام، ابن مالك، تحقيق : سعد الغامدي، نشر جامعة أم القرى، ط١ ١٤٠٤هـ.

١٢٨- إكمال المعلم بفوائد مسلم، القاضي عياض، تحقيق : يحيى إسماعيل، دار الوفاء، ط١ ١٤١٩هـ.

١٢٩ - الالتزام القانوني بتبصير المريض بالتدخل العلاجي المقترح، أيمن خالد ونسرين محاسنة، بحث منشور بمجلة دراسات، المجلد (٣٧) العدد(١) (٢٠١٠)م.

١٣٠ - الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، حدة قندوز، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في الحقوق من كلية الحقوق بجامعة قاصدي مرباح بالجزائر، العام (٢٠١٤) م.

١٣١ - الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، حدة قندوز، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الحقوق من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح بالجزائر.

١٣٢ - الالتزام بالتبصير في العقد الطبي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أنس محمد عبدالغفار، دار الكتب القانونية، ط٢٠١٣م.

١٣٣ - الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، حسام الفهاد، دار الجامعة الجديدة، ط٢٠٣١م.

١٣٤ - الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد بك وواصل عطاء، المكتبة الأزهرية للتراث ط ١ ١٤٣٤هـ

١٣٥ - التزام الطبيب بالسر المهني، داودي صحراء، بحث منشور بمجلة الحقوق والعلوم الإنسانية بجامعة زيان عاشور بالجزائر، العدد(١٠) (٢٠١٢م).

١٣٦ - التزامات الطبيب في العمل الطبي، علي حسين نجيدة، دار النهضة العربية، ط١٩٩٢م.

١٣٧ - التزامات العامل ورب العمل بين الفقه والقانون، خليل حامد، بحث مقدم لدرجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية بفلسطين، السنة (٢٠١٢م).

١٣٨ - الأم، الشافعي، دار المعرفة، ط١٤١٠هـ.

١٣٩ - امتناع الطبيب عن العلاج بين الشريعة والقانون، عبدالله الموسى، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.

١٤٠ - الامتناع عن إسعاف المريض وعلاجه، محمد بشير، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.

١٤١ - الامتناع عن إسعاف المريض : حكمه، أسبابه، آثاره، عبدالكريم السماعيل، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.

١٤٢ - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، ط١٤١٧هـ.

١٤٣ - الأنساب، السمعاني، عناية : عبدالله البارودي، دار الجنان، ط١ ١٤٠٨هـ.

١٤٤ - إنشاء الالتزام في حقوق العباد، حسن الغزالي، دار عالم الكتب، ط١ ١٤٢٠هـ.

١٤٥ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، دار إحياء التراث العربي، ط١ ١٤١٩هـ

١٤٦ - انفساخ العقد في الفقه الإسلامي، منار الصدر، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع من كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية بنابلس، العام ١٤٢٤هـ

١٤٧ - أنوار التنزيل وأسرار التأويل، البيضاوي، تحقيق : مرعشلي، دار إحياء التراث، ط١ ١٤١٨هـ

١٤٨ - أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم القونوي، عناية : محمد الشافعي، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ.

١٤٩ - الاهتمام بإتقان العمل في الاقتصاد الإسلامي، بيلي إبراهيم، نشر جامعة الملك سعود، ط١ ٢٠٠٠م.

١٥٠ - أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية، عبدالقادر جعفر، بحث مقدم إلى مؤتمر قضايا طبية معاصرة المنعقد في جامعة الإمام لعام ١٤٣١هـ.

١٥١ - الإيجاب والقبول بين الفقه والقانون، دبيان الدبيان، مكتبة الرشد، ط١ ١٤٢٦هـ.

١٥٢ - إيضاح المبهم من معاني السلم في المنطق، أحمد الدمنهوري، مطبعة البابي الحلبي، ط١٣٦٧هـ

١٥٣ - إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبدالله مالك، الونشريسي، تحقيق : الصادق الغرياني، دار ابن حزم، ط١ ٤٢٧هـ.

١٥٤ - الإيضاحات العصرية للمقاييس والمكاييل والأوزان والنقود الشرعية، محمد صبحي حلاق، مكتبة الجيل الجديد، ط١ ١٤٢٨هـ.

١٥٥ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، ط٢.

١٥٦ - البحر الزخار، البزار، تحقيق : محفوظ الرحمن وآخرون، مكتبة العلوم والحكم، ط١ ٢٠٠٩م

١٥٧ - البحر المحيط، ابن حيان، تحقيق : صدقي جميل، دار الفكر، ط١ ١٤٢٠هـ.

١٥٨ - البحر المحيط، الزركشي، تحقيق : محمد تامر، دار الكتب العلمية، ط ١٤٢١هـ.

١٥٩ - بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، الروياني، تحقيق : أحمد عز، دارإحياء التراث العربي،ط١ ١٤٢٣هـ.

١٦٠ - بحوث في تاريخ الطب والصيدلة عند العرب، إبراهيم مراد، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٤١١هـ.

١٦١ - بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي العثماني، دار القلم، ط١ ١٤٣٤هـ.

١٦٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، تحقيق : ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط١ ١٤١٦هـ.

١٦٣ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، ط٢ ١٤٠٦هـ.

١٦٤ - بدائع الفوائد، ابن القيم، تحقيق : علي العمران، دار عالم الفوائد، ط٣ ١٤٣٣هـ.

١٦٥- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن، تحقيق : مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة، ط١ ١٤٢٥هـ.

١٦٦- بذل المنافع بدلاً في الزكاة، يوسف الشراح، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت، العدد (٨٤) السنة (٢٠١١م).

١٦٧- بذل النظر في الأصول، الأسمندي، تحقيق : محمد زكي البر، مكتبة دار التراث، ط١ ١٤١٢هـ

١٦٨- البرهان، عبدالملك الجويني، تحقيق : صلاح عويضة، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ

١٦٩- بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية وشريعة نبوية في سيرة أحمدية، محمد مصطفى الخادمي، مطبعة الحلبي، ط١٣٤٨هـ.

١٧٠- بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، الفيروز آبادي، تحقيق : محمد النجار، نشر لجنة إحياء التراث الإسلامي بالمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة، ط١٤١٦هـ

١٧١- بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، الحارث بن محمد التميمي، انتقاء : أبو الحسن الهيثمي، تحقيق : حسين الباكري، نشر مركز خدمة السنة النبوية بالمدينة، ط١ ١٤١٣هـ.

١٧٢- بلغة السالك لأقرب المسالك، الصاوي، تحقيق : عبدالسلام شاهين، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٥هـ.

١٧٣- بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، أحمد البنا، دار إحياء التراث العربي، ط٢.

١٧٤- البناية شرح الهداية، العيني، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٠ هـ.

١٧٥- البنوك الطبية البشرية، إسماعيل مرحبا، دار ابن الجوزي، ط١ ١٤٢٩هـ.

١٧٦- بهجة النفوس وتحليلها بمعرفة ما لها وما عليها، أبو جمرة، مطبعة الصدق الخيرية، ط١ ١٣٤٨هـ

١٧٧- البهجة في شرح التحفة، التسولي، تحقيق : محمد شاهين، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ

١٧٨ - بهجة قلوب الأبرار وقرة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، نشر وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، ط٤ ١٤٢٣هـ.

١٧٩ - بيان الوهم والإيهام، علي ابن القطان، تحقيق: الحسين سعيد، دار طيبة، ط١ ١٤١٨هـ.

١٨٠ - البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني، تحقيق: النوري، دار المنهاج ط١ ١٤٢١هـ.

١٨١ - البيان والتحصيل، ابن رشد الجد، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط٢ ١٤٠٨هـ.

١٨٢ - بيع الاسم التجاري والترخيص، الزحيلي، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (٥).

١٨٣ - تاج العروس من جواهر القاموس، الزبيدي، تحقيق: عبدالعزيز مطر، نشر وزارة الإرشاد والأنباء الكويتية، ط٢ ١٤١٤هـ.

١٨٤ - التاج والإكليل لمختصر خليل، المواق، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٦هـ.

١٨٥ - تاريخ الفقه ونظرية الملكية والعقود، بدران أبو العينين، دار النهضة العربية.

١٨٦ - التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، عبداللطيف محمود، دار النفائس، ط١ ١٤١٤هـ.

١٨٧ - التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، عبدالسميع البصري، مكتبة وهبة، ط٢ ١٤٠٧هـ.

١٨٨ - التأمين التعاوني، عبدالله العجلان، ط١ ١٤٣٣هـ.

١٨٩ - التأمين الصحي، حسان باشا، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، الدورة (١٦).

١٩٠ - التأمين الصحي، الصديق الضرير، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، الدورة (١٣).

١٩١ - التأمين الصحي، عبدالستار أبو غدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، الدورة (١٦).

١٩٢- التأمين الصحي، عبدالله السعيدي، بحث منشور بمجلة فكر وإبداع بمصر، العدد (٤٩) السنة (٢٠٠٩م).
١٩٣- التأمين الصحي، مجاهد القاسمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (١٣).
١٩٤- التأمين الصحي، محمد رجب المنياوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (١٣).
١٩٥- التأمين الصحي التعاوني وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عائدة فلمبان، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من قسم الفقه وأصوله بكلية التربية بجامعة الملك سعود، السنة ١٤٢٦هـ.
١٩٦- التأمين الصحي أنواعه وأحكامه في منظور الفقه الإسلامي، مراد حيدر، دار الفكر الجامعي، ط١ ٢٠٠٩م.
١٩٧- التأمين الصحي دراسة شرعية وتطبيقية، محمد الألفي، بحث منشور بمجلة الحكمة، العدد (٣٢) السنة (١٤٢٧هـ).
١٩٨- التأمين الصحي في الفقه الإسلامي، حسين الترتوري، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (٣٦) السنة (١٤١٨هـ).
١٩٩- التأمين الصحي في المنظور الإسلامي، سعود الفنيسان، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (٣١) السنة (١٤١٧هـ).
٢٠٠- التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية، محمد الأمين الضرير، بحث مقدم للمجمع الفقهي الدولي، الدورة (١٣).
٢٠١- التأمين الصحي، محمد هيثم الخياط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (١٣).
٢٠٢- التأمين بين الحل والتحريم، عيسى عبده، دار الاعتصام، ط١ ١٣٩٨هـ.
٢٠٣- التأمين وأحكامه، سليمان ثنيان، دار العواصم المتحدة، ط١ ١٤١٤ هـ.
٢٠٤- التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، محمد الدسوقي، نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة، ط١٣٨٧هـ.
٢٠٥- تأويلات أهل السنة، أبو منصور الماتريدي، تحقيق : مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٦هـ

٢٠٦- التبصرة، اللخمي، تحقيق : أحمد نجيب، نشر مركز نجيبويه للمخطوطات ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، ط٢ ١٤٣٣هـ.

٢٠٧- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١ ١٤٠٦هـ.

٢٠٨- التبيان في تفسير غريب القرآن، أحمد بن محمد بن الهائم، تحقيق : ضاحي عبدالباقي، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٤٢٣هـ.

٢٠٩- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، مطبعة بولاق، ط١ ١٣١٣هـ.

٢١٠- التجارب الطبية على الإنسان، دراسة فقهية، عبدالرحمن العثمان، دار الميمان، ط١ ١٤٣٥هـ

٢١١- التحاليل الطبية ودلالاتها المرضية، سليمان الوهيبي، مطابع الجمعة الالكترونية، ط٢ ١٤٢٠هـ.

٢١٢- التحبير شرح التحرير، المرداوي، تحقيق : الجبرين وآخرون، مكتبة الرشد، ط١ ١٤٢١هـ.

٢١٣- تحرير ألفاظ التنبيه، النووي، تحقيق : عبدالغني الدقر، دار القلم، ط١ ١٤٠٨هـ.

٢١٤- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الحطاب، تحقيق : عبدالسلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٤٠٤هـ.

٢١٥- التحرير والتنوير، ابن عاشور، الدار التونسية للنشر، ط١٩٨٤م

٢١٦- تحفة الحبيب على شرح الخطيب، البجيرمي، دار الفكر، ط ١٤١٥هـ.

٢١٧- تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب، إسماعيل بن عمر بن كثير، تحقيق : عبدالغني حميد الكبيسي، دار حراء بمكة، الطبعة ١٤٠٦هـ، ص ٢٧١.

٢١٨- تحفة الفقهاء، السمرقندي، دار الكتب العلمية، ط٢ ١٤١٤هـ.

٢١٩- تحفة المحتاج، الهيتمي، دار إحياء التراث.

٢٢٠- تحفة المودود بأحكام المولود، ابن القيم، تحقيق : عبدالقادر الأرنؤوط، مكتبة دار البيان، ط١٣٩١هـ.

٢٢١- تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف، الزيلعي، عناية : سلطان الطبيشي، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بالمملكة العربية السعودية، ط١ ١٤٢٤هـ.

٢٢٢- تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني، تحقيق : محمد أديب، مؤسسة الرسالة، ط٢ ١٣٩٨هـ

٢٢٣- التداوي بالمحرمات، الوليد الفريان، بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الإسلامي الثاني في القضايا الطبية المعاصرة المنعقد بجامعة الإمام عام ١٤٣١هـ

٢٢٤- التداوي بالمحرمات قواعد وضوابط، ياسين الخطيب (١/ ٦٢٤) البحث مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة المنعقد في جامعة الإمام لعام ١٤٣١هـ.

٢٢٥- التداوي بالمحرمات والنجاسات، السيد رضوان، بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الإسلامي الثاني في القضايا الطبية المعاصرة المنعقد بجامعة الإمام عام ١٤٣١هـ.

٢٢٦- التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، محمد الجاسر، بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الإسلامي الثاني في القضايا الطبية المعاصرة المنعقد بجامعة الإمام عام ١٤٣١هـ.

٢٢٧- التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، محمد متولي، بحث مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة المنعقد في جامعة الإمام لعام ١٤٣١هـ.

٢٢٨- التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، منال الصاعدي، بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الإسلامي الثاني في القضايا الطبية المعاصرة المنعقد بجامعة الإمام عام ١٤٣١هـ

٢٢٩- التداوي والمسؤولية الطبية، قيس المبارك، مكتبة الفارابي، ط١ ١٤١٢هـ.

٢٣٠- التذكرة في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ابن عقيل الحنبلي، تحقيق : ناصر السلامة، دار إشبيليا، ط١ ١٤٢٢هـ

٢٣١- التراضي في عقود المبادلات المالية، نشأت الدريني، دار الشروق، ط١ ١٤٠٢هـ.

٢٣٢- التسعير الجبري وموقف الشريعة الإسلامية منه، نزيه حماد، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة، المجلد (٢) العدد(٢) السنة (١٩٧٧م).

٢٣٣- تسعير الدواء من منظور فقهي،، محمد الصواط، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، السنة (٢٧)، العدد (٣١).

٢٣٤- التسعير حقيقته وحكمه في الإسلام، إبراهيم نورين، بحث منشور بمجلة جامعة القرآن والعلوم الإسلامية بالسودان، العدد(٧) (٢٠٠١)م.

٢٣٥- التسعير دراسة فقهية مقارنة، خولة الغامدي، بحث منشور بالمجلة العالمية للتسويق الإسلامي، المجلد (٣) العدد (١) السنة (٢٠١٤م).

٢٣٦- التسعير في الإسلام، البشري الشوربجي، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، ط١ ١٣٩٣هـ.

٢٣٧- التسعير في نظر الشريعة الإسلامية، محمد الصالح، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، العدد (٤)، السنة (١٣٩٨هـ) ص١٦٦٨.

٢٣٨- التسعير ومكانته في السياسة الشرعية، عبدالرحمن آل حسين، دار الصميعي،ط١ ١٤٢٩هـ.

٢٣٩- التسهيل لعلوم التنزيل، ابن جزي، تحقيق : عبدالله الخالدي، شركة دار الأرقم، ط١ ١٤١٦هـ

٢٤٠- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبدالقادر عودة، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٦هـ.

٢٤١- التشويق الطبي، صاعد بن الحسن، تحقيق : مريزن عسيري، نشر مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط١، ١٤١٦هـ.

٢٤٢- التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، علي الخفيف، دار الفكر العربي، ط٢٠٠٩ م.

٢٤٣- التصريف، خلف بن عباس الزهراوي، تحقيق : صبحي حمامي، نشر مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ط١ ٢٠٠٤م.

٢٤٤- التضخم النقدي في الفقه، خالد المصلح، دار ابن الجوزي، ط١ ١٤٢٧هـ.
٢٤٥- تضمين الطبيب، خالد علي المشيقح، بحث منشور بمجلة العدل، العدد(٦)، السنة ١٤٢١هـ
٢٤٦- التطبيقات المعاصرة للجعالة وأحكامها في الفقه الإسلامي، أسامة الفقير، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة اليرموك بالأردن، العام ٢٠١٠م
٢٤٧- التعريفات، الجرجاني، تحقيق : الأبياري، دار الكتاب العربي، ط١ ١٤٠٥هـ.
٢٤٨- التعريفات الاعتقادية، سعد آل عبداللطيف، مدار الوطن، ط٢ ١٤٣٢هـ
٢٤٩- التعريفات الفقهية، البركتي، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٤هـ.
٢٥٠- التعزير في الشريعة الإسلامية، عبدالعزيز عامر، دار الفكر العربي.
٢٥١- تعليق العقود في الفقه الإسلامي، إبراهيم العبود، بحث ماجستير مقدم إلى قسم الثقافة الإسلامية بكلية التربية في جامعة الملك سعود عام ١٤٠٢هـ.
٢٥٢- تعليم الطب في المشرق الإسلامي نظمه ومناهجه حتى نهاية القرن السابع الهجري، مريزن عسيري، نشر معهد البحوث العلمية وإحياء التراث بجامعة أم القرى، ط١ ١٤١٢هـ.
٢٥٣- التعيين وأثره في العقود المالية، عبدالرحيم الهاشم، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط١ ١٤٢٧هـ.
٢٥٤- تغليق التعليق على صحيح البخاري، ابن حجر، تحقيق : سعيد القزقي، المكتب الإسلامي، ط١ ١٤٠٥هـ.
٢٥٥- التفريع،ابن الجلاب، تحقيق : حسين الدهماني، دار الغرب الإسلامي،ط١ ١٩٨٧م
٢٥٦- تفسير الإمام الشافعي، جمع ودراسة: أحمد الفران، دار التدمرية، ط١ ١٤٢٧هـ.
٢٥٧- التفسير البسيط، علي بن أحمد الواحدي، تحقيق : لجنة علمية بجامعة

الإمام، نشر عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام، ط١ ١٤٣٠هـ.

٢٥٨- تفسير القرآن، أبو المظفر السمعاني، تحقيق : ياسر إبراهيم، دار الوطن، ط١ ١٤١٨هـ.

٢٥٩- تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، تحقيق : سامي سلامة، دار طيبة ط٢ ١٤٢٠هـ.

٢٦٠- التفسير القضائي للعقد، هشام الشدي، بحث ماجستير مقدم لقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء لعام ١٤٣٢هـ.

٢٦١- التفسير الوسيط للقرآن الكريم، مجمع البحوث بالأزهر، نشر الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط١ ١٣٩٣هـ.

٢٦٢- تفسير غريب القرآن، ابن قتيبة، تحقيق : أحمد صقر، المكتبة العلمية، ط ١٤٢٨هـ.

٢٦٣- تقريب الوصول إلى علم الأصول، ابن جزي، تحقيق : محمد المختار الشنقيطي، ط٢ ١٤٢٣هـ.

٢٦٤- التقرير والتحبير في علم الأصول، ابن أمير الحاج، دار الفكر، ط١٤١٧هـ.

٢٦٥- تقسيمات العقود والآثار المترتبة عليها، هشام السعيد، بحث ماجستير مقدم لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء لعام ١٤٢٩هـ.

٢٦٦- تكملة المعاجم العربية، رينهارت بيتر، تعريب : جمال الخياط، نشر وزارة الثقافة والإعلام بالجمهورية العراقية، ط١ ١٩٧٩م.

٢٦٧- التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل، صالح آل الشيخ، دار العاصمة، ط١ ١٤١٧هـ

٢٦٨- التكييف الفقهي لعقد العمل، محمود صالح وعلي أبو العز، بحث منشور بمجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون، العدد (٢) السنة (٢٠٠١) م.

٢٦٩- التكييف الفقهي للخطأ الطبي، ضمرة والعبري، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.

٢٧٠- التلخيص الحبير، ابن حجر، تحقيق : محمد الثاني بن عمر، أضواء السلف، ط١ ١٤٢٨هـ.

٢٧١- التلقين، القاضي عبدالوهاب، تحقيق: بو خبزة، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٥هـ.

٢٧٢- التمريض وأحكامه في الفقه الإسلامي، أمل اللحيان، دار عالم الكتب، ط٢ ١٤٣٤هـ.

٢٧٣- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبدالبر، تحقيق : مصطفى العلوي ومحمد البكري، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، ط١٣٨٧هـ.

٢٧٤- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، الإسنوي، تحقيق : محمد هيتو، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٠٠هـ

٢٧٥- تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام، ابن المناصف، عناية : عبدالحفيظ منصور، دار التركي بتونس، ط١٩٨٨م.

٢٧٦- تنظيم صنعة الطب خلال عصور الحضارة العربية الإسلامية، جميل عطية، مكتبة العبيكان، ط١ ١٤٢٣هـ.

٢٧٧- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، الذهبي، تحقيق : مصطفى أبو الغيط، دار الوطن، ط١ ١٤٢١هـ

٢٧٨- تنقيح تحقيق أحاديث التعليق، ابن عبدالهادي، تحقيق : أيمن شعبان، دار الكتب العلمية، ط١٩٩٨م.

٢٧٩- التنوير شرح الجامع الصغير، الصنعاني، تحقيق: محمد إسحاق، مكتبة دار السلام، ط١ ١٤٣٢هـ.

٢٨٠- تهذيب الآثار، مسند علي بن أبي طالب، أبو جعفر الطبري،تحقيق : محمود شاكر، مطبعة المدني بمصر

٢٨١- تهذيب الأسماء واللغات، النووي، عناية : مصطفى عطا، دار الكتب العلمية، ط١ ٢٠٠٧م

٢٨٢- تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، عناية : عادل أحمد وعلي

معوض، نشر وزارة الشؤون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية.

٢٨٣- تهذيب السنن، ابن القيم، تحقيق: إسماعيل مرحبا، مكتبة المعارف، ط١ ١٤٢٨هـ

٢٨٤- تهذيب الفروق والقواعد السنية، محمد بن حسين المكي مطبوع مع الفروق.

٢٨٥- تهذيب الكمال، المزي، تحقيق: بشار عواد، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٠٠هـ.

٢٨٦- تهذيب اللغة، الأزهري، عناية: عمر سلامة، دار إحياء التراث العربي، ط١ ١٤٢١هـ.

٢٨٧- التهذيب في اختصار المدونة، البراذعي، تحقيق: محمد الأمين، نشر مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدبي، ط١ ١٤٢٣هـ.

٢٨٨- التوثيق بالكتابة والعقود، حسين الترتوري، دار ابن الجوزي ومكتبة دنديس، ط١ ١٤٢٦هـ.

٢٨٩- التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، عبداللطيف الشيخ، نشر مركز جمعة الماجد، ط١ ٢٠٠٤م.

٢٩٠- التوسط بين مالك وابن القاسم في المسائل التي اختلفا فيها من مسائل المدونة، قاسم الجبيري، تحقيق: باخو مصطفى، دار الضياء، ط١ ١٤٢٦هـ

٢٩١- توضيح الأحكام من بلوغ المرام، البسام، مكتبة الأسدي، ط٥ ١٤٢٣هـ.

٢٩٢- التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، خليل بن إسحاق، عناية: أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، ط١ ١٤٣٣هـ.

٢٩٣- التوضيح لشرح الجامع الصحيح، ابن الملقن، دار النوادر، ط١ ١٤٢٩هـ.

٢٩٤- التوقيف على مهمات التعاريف، المناوي، تحقيق: محمد الداية، دار الفكر، ط١ ١٤١٠هـ

٢٩٥- تيسير البيان لأحكام القرآن، الموزعي، عناية: عبدالمعين الحرش، دار النوادر، ط١ ١٤٣٣هـ.

٢٩٦- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبدالرحمن السعدي، تحقيق : عبدالرحمن اللويحق، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٢٠هـ.

٢٩٧- تيسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير الأحكام، السعدي، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط١ ١٤٢٢هـ.

٢٩٨- التيسير بشرح الجامع الصغير، المناوي، نشر مكتبة الإمام الشافعي، ط٣ ١٤٠٨هـ.

٢٩٩- التيسير في أحكام التسعير، المجيلدي، تحقيق : عبدالرحمن الفيفي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من جامعة أم درمان لعام (٢٠٠٧)م.

٣٠٠- جامع الأصول في أحاديث الرسول، ابن الأثير، تحقيق: عبدالقادر الأرنؤوط، مكتبة الحلواني والملاح، ط١ ١٣٩١هـ

٣٠١- جامع الأمهات، ابن الحاجب، تحقيق : الأخضري، دار اليمامة، ط١ ١٤١٩هـ.

٣٠٢- جامع البيان في تأويل القرآن، ابن جرير الطبري، تحقيق : أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة ط١ ١٤٢٠هـ.

٣٠٣- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة،ط٧ ١٤٢٢هـ

٣٠٤- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، تحقيق :أحمد البردوني، دار الكتب المصرية ط٢، ١٤٨٤هـ.

٣٠٥- جراحات الذكورة والأنوثة، محمد شافعي مفتاح، دار الفلاح، ط١.

٣٠٦- الجراحة التجميلية عرض طبي ودراسة فقهية، صالح الفوزان، دار التدمرية، ط١ ١٤٢٨هـ.

٣٠٧- الجرائم السلبية أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي، عبدالمجيد صلاحين، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون الصادرة عن جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد (٣٦) السنة (١٤٢٩هـ)

٣٠٨- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، أبو زهرة، دار الفكر العربي، ط١٩٩٨م.

٣٠٩- الجعالة، علي الخفيف، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد (١) ١٩٦٣م.
٣١٠- الجعالة على الأعمال مفهومها وتطبيقاتها، جمال الفرا، دار عمار، ط١ ١٤٣٢هـ.
٣١١- الجعالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون، الجميلي، مكتبة دار البيان، ط١ ١٤٣١هـ.
٣١٢- الجعالة والاستصناع تحليل فقهي اقتصادي، شوقي دنيا، نشر البنك الإسلامي للتنمية، ط٢ ١٤٢٤هـ
٣١٣- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، الأسيوطي، عناية: مسعد السعدني، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٧هـ.
٣١٤- الجوهرة النيرة، الحدادي، المطبعة الخيرية، ط١ ١٣٢٢هـ
٣١٥- حاشية ابن عابدين، دار الفكر، ط٢ ١٤١٢هـ.
٣١٦- حاشية الأزميري على مرآة الأصول، مطبعة البوسنوي، ط١٢٨٥هـ.
٣١٧- حاشية البجيرمي على المنهج، البجيرمي، مطبعة الحلبي،ط١٣٦٩هـ.
٣١٨- حاشية الجمل على المنهج، سليمان الجمل، دار الفكر.
٣١٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة، دار الفكر.
٣٢٠- حاشية الروض المربع، ابن قاسم، ط١ ١٣٩٧هـ.
٣٢١- حاشية السندي على سنن ابن ماجة، نور الدين السندي، دار الجيل، ط٢
٣٢٢- حاشية السندي على سنن النسائي، السندي، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢ ١٤٠٦هـ.
٣٢٣- حاشية الشهاب على تفسير البيضاوي، الخفاجي، دار صادر، ط١.
٣٢٤- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، العدوي، تحقيق: يوسف البقاعي، دار الفكر، ط ١٤١٤هـ.
٣٢٥- حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد عميرة وأحمد القليوبي، دار الفكر، ط١٤١٥هـ.
٣٢٦- الحاوي الكبير، الماوردي، عناية: علي معوض وعادل عبدالموجود، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٩هـ.

٣٢٧- الحاوي في الطب، الرازي، تحقيق : هيثم طعيمي، دار إحياء التراث العربي، ط١٤٢٢هـ.

٣٢٨- الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا الأنصاري، تحقيق : مازن المبارك، دار الفكر ط١ ١٤١١هـ

٣٢٩- حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة، السيوطي، عناية: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ.

٣٣٠- حق الابتكار في الفقه الإسلامي، أديب الضمور، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من الجامعة الأردنية لعام ٢٠٠٣م

٣٣١- حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، ط٢ ١٤٠١هـ.

٣٣٢- حق الارتفاق، سليمان التويجري، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه من جامعة أم القرى عام (١٤٠١هـ)

٣٣٣- حق التأليف في الفقه الإسلامي، سعدي الجميلي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثالث بكلية الشريعة بجامعة جرش بالأردن بعنوان : موقف الإسلام من الملكية الفكرية، ٢٠٠١م.

٣٣٤- حق المريض في تبصيره بمخاطر التدخلات الطبية، بن صغير مرداد، بحث منشور بمجلة الحقوق والعلوم الإنسانية الصادرة عن جامعة زيان عاشور بالجزائر، العدد (١٢) (٢٠١٢) م.

٣٣٥- الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، ط٣ ١٤٠٤هـ.

٣٣٦- حقوق الأجير في الإسلام، محمد الروكي، بحث منشور بمجلة المجلس الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى بالمملكة المغربية، السنة الأولى، العدد (٤)، العام (٢٠٠٨م).

٣٣٧- حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، حسين معلوي، دار طيبة، ط١ ١٤٢٥ه ص٧٦.

٣٣٨- حقوق المرضى ومرضى الطوارئ الطبية في الرعاية الجيدة والحصول على

الإذن، الجرعي، بحث مقدم لمؤتمر: الحقوق والالتزامات الصحية للمرضى من منظور إسلامي ٢٠١٦م.

٣٣٩- حقوق المريض على الطبيب، منصور مصطفى، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة الكويتية، المجلد (٥) العدد(٢) السنة (١٩٨١م).

٣٤٠- حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، غادة المختار، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١ ٢٠١١م.

٣٤١- الحقوق المعنوية، حق الإبداع العلمي، وحق الاسم التجاري، طبيعتهما وحكم شرائهما، محمد سعيد البوطي، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (٥).

٣٤٢- الحقوق المعنوية، عجيل جاسم النشمي، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت، العدد (١٣) السنة (١٤٠٩هـ).

٣٤٣- الحقوق المعنوية في ميزان الشريعة الإسلامية، نادية أبو العزم، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق بجامعة المنصورة، العدد(٤٦) السنة (٢٠٠٩)م.

٣٤٤- حقوق صاحب العمل في نظام العمل السعودي، صقر الربع، بحث ماجستير من قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء، العام ١٤٣١هـ.

٣٤٥- حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، محمد الجيزاني، مكتبة دار المنهاج، ط٢ ١٤٣١هـ

٣٤٦- حكم اجتماع العقود في صفقة واحدة دراسة تأصيلية تطبيقية معاصرة، حمد عزام، بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد (٣)، العدد (١) السنة (١٤٢٨هـ

٣٤٧- حكم إخراج الزكاة من المنافع دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت، العدد(٩٧) السنة (٢٠١٤م).

٣٤٨- حكم الأجير المشترك في الفقه الإسلامي المقارن، إبراهيم القيسي، بحث منشور بمجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد (٢) العام (٢٠٠٩م).

٣٤٩- حكم الإسلام في التأمين، عبدالله علوان، دار السلام، ط١ ١٣٩٧هـ.

٣٥٠- حكم الامتناع عن إسعاف المريض في الفقه الإسلامي والأنظمة الصحية، فيصل بلعمش، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.

٣٥١- حكم التسعير، بحث منشور ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، إعداد الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، نشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، ط٢ ١٤٢٥هـ.

٣٥٢- حكم التسعير دراسة فقهية مقارنة، محمد حلمي، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد (٢٢).

٣٥٣- حكم التسعير في الإسلام، ماجد أبو رخية، بحث منشور ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ماجد أبو رخية وآخرون، دار النفائس، ط١ ١٤١٨هـ.

٣٥٤- حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، حسين حامد حسان، دار الاعتصام، ط١.

٣٥٥- حكم العقد غير المسمى في الفقه الإسلامي، محمد عامر، مكتبة الوفاء القانونية، ط١ ٢٠١٢م

٣٥٦- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، أبو نعيم الأصبهاني، دار الكتاب العربي، ط٤، ١٤٠٥هـ.

٣٥٧- حلية الفقهاء، ابن فارس، تحقيق: عبدالله التركي، نشر الشركة المتحدة للتوزيع، ط١ ١٤٠٣هـ

٣٥٨- الحيازة في العقود، نزيه حماد، مكتبة دار البيان، ط١، ١٣٩٨هـ

٣٥٩- خبايا الزوايا، الزركشي، تحقيق : عبدالقادر العاني، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بالكويت، ط١ ١٤٠٢هـ.

٣٦٠- الخبرة الطبية في التشريع الإسلامي، الذاكري، بحث منشور بمجلة الفيصل، العدد(١٩٨) السنة (١٤١١هـ).

٣٦١- الخبرة الطبية وأثرها في الإثبات، مساعد القحطاني، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٣٦هـ

٣٦٢- الخطأ الطبي، عبدالسلام التونجي، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية الصادرة عن كلية القانون بجامعة قاريونس، المجلد (١١)، العام ١٩٨٢م.
٣٦٣- الخطأ الطبي، ميادة الحسن، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.
٣٦٤- الخطأ الطبي الجسيم، فتحي الفاعوري، بحث منشور بمجلة الدراسات الأمنية الصادرة عن أكاديمية الشرطة الملكية بالأردن، العدد (٥)، العام (٢٠٠٥م).
٣٦٥- الخطأ الطبي حقيقته وآثاره، محمد سويلم، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.
٣٦٦- الخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية، وفاء حليمي، دار النهضة العربية، ط١ ١٤٠٨هـ
٣٦٧- الخطأ الطبي في الميزان، هالة جستنيه، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.
٣٦٨- الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، محمد هشام القاسم، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية الصادرة عن كلية القانون بجامعة قاريونس، المجلد(١١)، العام ١٩٨٢م.
٣٦٩- خطأ الطبيب، خالد محمد، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.
٣٧٠- الخطر والتأمين، رفيق المصري، دار القلم، ط١ ١٤٢٢هـ.
٣٧١- خلاصة الأحكام في مهمات السنن وقواعد الإسلام، النووي، تحقيق : حسين الجمل، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤١٨هـ.
٣٧٢- خلق الإنسان بين الطب والقرآن، محمد البار، الدر السعودية للنشر، ط١٣ ١٤٢٦هـ
٣٧٣- الخيار وأثره في العقود، عبدالستار أبو غدة، مطبعة مقهوي، ط٢ ١٤٠٥هـ.

٣٧٤- دائرة معارف القرن العشرين، محمد وجدي، دار المعرفة، ط٣ ١٩٧١م.
٣٧٥- الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، ابن عبدالهادي، تحقيق : رضوان غريبة، دار المجتمع للنشر، ط١ ١٤١١هـ.
٣٧٦- الدراري المضية شرح الدرر البهية، الشوكاني، مكتبة التراث الإسلامية بالقاهرة، ط ١٩٨٦م.
٣٧٧- دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستجدة، محمد الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، ط٢ ١٤٢٢هـ.
٣٧٨- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر، عناية : هاشم اليماني، دار المعرفة
٣٧٩- درر الحكام شرح غرر الأحكام، الملا خسرو، دار إحياء الكتب العربية.
٣٨٠- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب : فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية.
٣٨١- الدرر السنية في الأجوبة النجدية، علماء نجد، جمع : عبدالرحمن القاسم، ط٦ ١٤١٧هـ.
٣٨٢- دستور العلماء، الأحمد، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢١هـ.
٣٨٣- الدعاية والإعلان الطبي، زياد لوبانغا، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ
٣٨٤- الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، عدنان الدقيلان، دار ابن الجوزي، ط١ ١٤٢٩هـ
٣٨٥- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، البهوتي، نشر عالم الكتب، ط١ ١٤١٤هـ
٣٨٦- دليل الأمراض النفسية والبدنية، ترجمة : إميل بيدس، دار الآفاق الجديدة، ط١ ١٤٠٦هـ.
٣٨٧- دور الأخلاقيات الطبية في حماية حقوق المريض من خلال الالتزام بالضوابط الشرعية، لحولود، بحث منشور بالمجلة العالمية للتسويق الإسلامي، المجلد(٤)، العدد(٣) السنة(٢٠١٥م).

٣٨٨- دور المسلمين في تطوير العلاج بالأعشاب والصيدلة، محمد البار، دار المنارة، ط١ ١٤٢٠هـ.
٣٨٩- الذخيرة، القرافي، تحقيق : محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٩٩٤م
٣٩٠- الذريعة إلى مكارم الشريعة، الراغب الأصفهاني، تحقيق: أبو اليزيد العجمي، دار السلام، ط١٤٢٨هـ
٣٩١- الذمة والأهلية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، عبدالرحيم سلامة، مجلة البحث العلمي بالمغرب، العدد (٢٢١) السنة (١٩٧٣م).
٣٩٢- الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، المكاشفي الكباشي، مكتبة الحرمين بالرياض، ط١ ١٤٠٩هـ.
٣٩٣- الذيل على طبقات الحنابلة، ابن رجب، تحقيق : عبدالرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، ط١ ١٤٢٥هـ.
٣٩٤- الراحة في أعمال الجراحة، أحمد جراحباشي، مطبعة الوطن،ط١٢٩٧م
٣٩٥- الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، عمر المترك، عناية : بكر أبو زيد، دار العاصمة، ط٣ ١٤١٨هـ.
٣٩٦- الرجوع وأثره في العقود، نايف العجمي، رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة بجامعة القاهرة لعام ١٤٢٢هـ.
٣٩٧- الرد على المنطقيين، ابن تيمية، دار المعرفة ط ١٩٧٦م.
٣٩٨- الرسالة، الشافعي، تحقيق : أحمد شاكر، دار الكتب العلمية
٣٩٩- رسائل ابن حزم الأندلسي، تحقيق : إحسان عباس، نشر المؤسسة العربية للدراسات، ط١٩٨٣م.
٤٠٠- الرعاية الصحية والتأمين الصحي في ميزان الفقه الإسلامي، عبدالحكيم عثمان، دار العلم والإيمان للنشر، ط١ ٢٠٠٨ م.
٤٠١- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تاج الدين السبكي، عالم الكتب، ط١ ١٤١٩هـ
٤٠٢- رفع الملام عن الأئمة الأعلام، ابن تيمية، نشر الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ط١٤٠٣هـ.

٤٠٣- روائع الطب النبوي، محمد الدقر، دار المعاجم، ط١ ١٤١٥هـ.

٤٠٤- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الألوسي، دار إحياء التراث العربي.

٤٠٥- الروض الندي شرح كافي المبتدي، أحمد بن عبدالله البعلي، نشر المطبعة السعيدية بالرياض.

٤٠٦- الروض المعطار في خبر الأقطار، الحميري، تحقيق : إحسان عباس، نشر مؤسسة ناصر للثقافة ط ١٩٨٠م.

٤٠٧- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، تحقيق : زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٣ ١٤١٢هـ.

٤٠٨- روضة الناظر وجنة المناظر، ابن قدامة، تحقيق : السعيد، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود، ط٢ ١٣٩٩هـ.

٤٠٩- زاد المسير في علم التفسير، ابن الجوزي، تحقيق : عبدالرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، ط١ ١٤٢٢هـ.

٤١٠- زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن القيم، نشر مؤسسة الرسالة ومكتبة المنار الإسلامية بالكويت، ط٢٧ ١٤١٥هـ.

٤١١- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، الهروي، تحقيق: الألفي، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، ط١ ١٣٩٩.

٤١٢- الزهد، أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٠٣هـ.

٤١٣- الزهد، هناد بن السري، تحقيق : عبدالرحمن الفريوائي، دار الخلفاء، ط١ ١٤٠٦هـ

٤١٤- الزواجر عن اقتراف الكبائر، ابن حجر الهيتمي، دار الفكر، ط١ ١٤٠٧هـ

٤١٥- سبل السلام، الصنعاني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط٤ ١٣٧٩هـ.

٤١٦- السر الطبي، عبدالسلام الترمانيني، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة الصادرة عن كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت، العدد (٢) السنة (٥) العام (١٤٠١هـ).

٤١٧- السراج الوهاج على متن المنهاج، الغمراوي، دار المعرفة.

٤١٨ - السكوت ودلالته على الأحكام، رمضان الشرنباصي، دار الفكر العربي
٤١٩ - سلسلة الأحاديث الصحيحة، الألباني، مكتبة المعارف، ط ١٤١٥هـ.
٤٢٠ - سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها الشيء في الأمة، الألباني، مكتبة المعارف، ط١ ١٤١٢هـ
٤٢١ - السلوك الطبي للأطباء العرب والمسلمين، محمود الحاج، بحث منشور بمجلة المجمع العلمي العراقي، العدد (٣٤) - السنة (١٤٠٣هـ).
٤٢٢ - السلوك المهني للأطباء، راجي التكريتي، دار الأندلس، ط٢ ١٤٠٢هـ.
٤٢٣ - سنن ابن ماجة، تحقيق : شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة، ط١ ١٤٣٠هـ.
٤٢٤ - سنن أبي داود، تحقيق : شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة، ط١ ١٤٣٠هـ.
٤٢٥ - سنن الترمذي، تحقيق : بشار عواد،دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٩٩٨م.
٤٢٦ - سنن الدارقطني، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٢٤هـ
٤٢٧ - سنن الدارمي، عبدالله بن عبدالرحمن الدارمي، تحقيق : حسين أسد، دار المغني، ط١ ١٤١٢هـ
٤٢٨ - السنن الكبرى، البيهقي، نشر مجلس إدارة المعارف النظامية بالهند، ط١٣٤٤هـ.
٤٢٩ - السنن الكبرى، النسائي، تحقيق : حسن شلبي، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٢١هـ.
٤٣٠ - سنن النسائي، تحقيق : عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢ ١٤٠٦هـ.
٤٣١ - سنن سعيد بن منصور، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، ط١ ١٤٠٣هـ
٤٣٢ - سياسة الأجور والأرباح والفوائد في الفقه الإسلامي، محمد الرملاوي، دار الفكر الجامعي، ط١ ٢٠١٢م.
٤٣٣ - السيرة النبوية، ابن هشام، تحقيق : طه سعد، دار الجيل، ط١٤١١هـ.
٤٣٤ - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الشوكاني، عناية : محمود زايد، دار الكتب العلمية، ط١.

٤٣٥- الشامل في فقه الإمام مالك، بهرام الدميري، عناية : أحمد نجيب، نشر مركز نجيبويه للمخطوطات، ط١ ١٤٢٩هـ.

٤٣٦- الشخصية الاعتبارية، خالد الجريد، بحث منشور بمجلة العدل، العدد (٢٩) السنة (١٤٢٧هـ)

٤٣٧- الشخصية الاعتبارية الحكمية والشخصية الطبيعية الحقيقية والفرق بينهما، حسين معلوي الشهراني، بحث منشور بمجلة البحوث والدراسات الشرعية بمصر، العدد (١٠) ١٤٣٤هـ

٤٣٨- الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، محمد طموم، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة بالكويت، العدد (١) السنة (١٩٨٧) م.

٤٣٩- الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، أحمد علي عبدالله، الدار السودانية للكتب.

٤٤٠- الشخصية الحكمية للوقف في الفقه الإسلامي، عبدالرحمن اللويحق، بحث منشور بالموقع الالكتروني التالي : http://www.alukah.net/sharia

٤٤١- شرح الأخضري على السلم، مطبعة البابي الحلبي، ط١٣٦٧هـ.

٤٤٢- شرح التلقين، المازري، تحقيق : محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط١ ٢٠٠٨م

٤٤٣- شرح التلويح على التوضيح، التفتازاني، عناية : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ط ١ ١٤١٦هـ.

٤٤٤- شرح الزرقاني على الموطأ، الزرقاني، تحقيق : عبدالرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية ط١ ١٤٢٤هـ

٤٤٥- شرح الزركشي على مختصر الخرقي، العبيكان ط١ ١٤١٣هـ.

٤٤٦- شرح السراجية، السيد الشريف الجرجاني، تحقيق : محمد محيي الدين، مطبعة مصطفى البابي، ط١٣٦٣هـ.

٤٤٧- شرح السنة، البغوي، تحقيق : زهير الشاويش وشعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي، ط٢ ١٤٠٣هـ.

٤٤٨- شرح السير الكبير، محمد بن الحسن، الشركة الشرقية للإعلانات، ط١ ١٩٧١م.

٤٤٩ - شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، دار القلم، ط٦ ١٤٢٢هـ.
٤٥٠ - الشرح الكبير، ابن قدامة، عناية: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي.
٤٥١ - شرح الكوكب المنير، ابن النجار، تحقيق: الزحيلي وحماد، مكتبة العبيكان، ط٢ ١٤١٨هـ.
٤٥٢ - الشرح الممتع، ابن عثيمين، دار ابن الجوزي، ط١ ١٤٢٥هـ
٤٥٣ - شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، تحقيق: أبو الأجفان والمغموري، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٩٩٣م.
٤٥٤ - شرح زروق على متن الرسالة، دار الفكر، ط٢ ١٤٠٢هـ.
٤٥٥ - شرح سنن ابن ماجة، السيوطي، نشر قديمي كتب خانة بكراتشي.
٤٥٦ - شرح صحيح البخاري، ابن بطال، تحقيق: ياسر إبراهيم، مكتبة الرشد، ط٢ ١٤٢٣هـ.
٤٥٧ - شرح فتح القدير، ابن الهمام، دار الفكر.
٤٥٨ - شرح قانون العقوبات القسم الخاص، محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، ط١٩٧٨م.
٤٥٩ - شرح مختصر الروضة، الطوفي، تحقيق: عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، ط٤ ١٤٢٤هـ.
٤٦٠ - شرح مختصر خليل، الخرشي، دار الفكر.
٤٦١ - شرح معاني الآثار، الطحاوي، تحقيق: محمد النجار، دار الكتب العلمية، ط١ ١٣٩٩هـ.
٤٦٢ - شرح منار الأنوار، ابن الملك، دار الكتب العلمية، ط١ ٢٠٠٤م.
٤٦٣ - شرح ميارة، محمد بن أحمد المالكي، تحقيق: عبداللطيف حسن، دار الكتب العلمية، ط ١٤٢٠هـ.
٤٦٤ - الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد اليمني، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٢٧هـ.
٤٦٥ - شركة المساهمة في النظام السعودي والفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، صالح المرزوقي، نشر مركز البحث العلمي وإحياء التراث بجامعة أم القرى، ط١٤٠٦هـ.

٤٦٦- شروط المساءلة عن الخطأ الطبي وبعض المباديء القضائية فيه، عبدالسلام الشويعر، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ
٤٦٧- شعب الإيمان، البيهقي، تحقيق : عبدالعلي حامد، مكتبة الرشد، ط١ ١٤٢٣هـ
٤٦٨- شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، نشوان الحميري، تحقيق : حسن العمري وآخرون، دار الفكر المعاصر، ط١ ١٤٢٠هـ.
٤٦٩- الصحة العامة والرعاية الصحية، فوزي جاد الله، دار المعارف، ط٥ ١٩٨٥م
٤٧٠- الصحة والفساد عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي، جبريل ميغا، دار الصابوني بسوريا، ط١ ١٩٩٧م
٤٧١- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق : شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ط٢ ١٤١٤هـ
٤٧٢- صحيح البخاري، تحقيق : الناصر، دار طوق النجاة ط١ ١٤٢٢هـ.
٤٧٣- صحيح الجامع الصغير وزيادته، الألباني، المكتب الإسلامي.
٤٧٤- صحيح سنن أبي داود، الألباني، مكتبة المعارف، ط١ ١٤١٩هـ.
٤٧٥- صحيح سنن الترمذي، الألباني، مكتبة المعارف، ط١ ١٤٢٠هـ.
٤٧٦- صحيح مسلم، تحقيق : فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث.
٤٧٧- صيغ العقود، الغليقة، دار كنوز إشبيليا، ط٢ ١٤٣٣هـ.
٤٧٨- صيغة العقد، مزيد المزيد، بحث غير منشور مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء لعام ١٤٠٨هـ.
٤٧٩- الضروري في أصول الفقه، ابن رشد، تحقيق : جمال الدين العلوي، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٩٩٤م.
٤٨٠- ضعيف سنن أبي داود، الألباني، مؤسسة غراس للنشر، ط١ ١٤٢٣هـ.
٤٨١- ضمان التلف في عمل الطبيب في ميزان الشريعة، تمام اللودعمي، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون الصادرة عن جامعة الشارقة، العدد (٢٤)، السنة (١٤٢٦هـ).

٤٨٢ - ضمان الطبيب في الشريعة والقانون، وليد هويمل، بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد(٢) السنة (١٤٢٧هـ).

٤٨٣ - الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، دار الفكر العربي، ط٢٠٠٠م.

٤٨٤ - ضمانات جنايات أطباء المستشفيات الخاصة في الفقه الإسلامي، عبدالإله المزروع، بحث منشور ضمن بحوث فقهية في نوازل معاصرة، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٣٧هـ.

٤٨٥ - ضوابط الإعلانات الطبية في الشريعة الإسلامية، عبدالله بلقاسم البكري، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، نشر جامعة الإمام ١٤٣١هـ.

٤٨٦ - ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، عدنان التركماني، دار المطبوعات الحديثة، ط٢، ١٤١٣هـ.

٤٨٧ - ضوابط العقود، البعلي، مكتبة وهبة، ط١ ١٩٨٩م.

٤٨٨ - الطب الإسلامي، أحمد طه، دار الاعتصام، ط١ ١٤١٨هـ.

٤٨٩ - الطب العربي التونسي في عشرة قرون، أحمد ميلاد، دار الغرب الإسلامي، ط٢ ١٩٩٩م.

٤٩٠ - الطب النبوي، الذهبي، تحقيق : البدراوي، دار إحياء العلوم ط٣ ١٤١٠هـ.

٤٩١ - الطب النفسي المعاصر، عكاشة، مكتبة الأنجلو المصرية، ط٤ ١٩٨٦م.

٤٩٢ - الطبابة أخلاقيات وسلوك، عبدالجبار دية، مطابع التقنية، ط١١٤٢١هـ.

٤٩٣ - طبقات الحنابلة، أبو يعلى، تحقيق : عبدالرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، ط١ ١٤٢٥هـ.

٤٩٤ - طبقات الشافعيين، ابن كثير، تحقيق : أحمد هاشم ومحمد زينهم، مكتبة الثقافة الدينية، ط١٤١٣هـ.

٤٩٥ - طبقات الفقهاء، إبراهيم الشيرازي، تحقيق : إحسان عباس، دار الرائد العربي، ط١ ١٩٧٠م.

٤٩٦ - الطبيب المسلم، وجيه زين العابدين، مكتبة المنار الإسلامية، ط١ ١٤٠٧هـ.

٤٩٧- الطبيعة القانونية للعقد الطبي، بوليل أعراب، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أكلي محند أولحاج بالجزائر لعام ٢٠١٣م.
٤٩٨- طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في الجراحة التجميلية، محمد حسن آل الشيخ، بحث منشور بالسجل العلمي لمؤتمر قضايا طبية معاصرة السنة (١٤٣١هـ)
٤٩٩- طرح التثريب في شرح التقريب، عبدالرحيم العراقي وابنه أبو زرعة، دار إحياء التراث العربي.
٥٠٠- طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطقة والأصوليين، يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، ط٢ ١٤٢٢هـ
٥٠١- الطرق الحكمية، ابن القيم، تحقيق: محمد جميل، مطبعة المدني بالقاهرة.
٥٠٢- طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، النسفي، عناية: محمد الشافعي، دار الكتب العلمية ط١ ١٤١٨هـ.
٥٠٣- عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، ابن العربي،دار الكتب العلمية.
٥٠٤- عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، الونشريسي، تحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٤١٠هـ
٥٠٥- العدة شرح العمدة، بهاء الدين المقدسي، دار الحديث،ط١٤٢٤هـ
٥٠٦- العزيز شرح الوجيز، الرافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبدالموجود، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٧هـ.
٥٠٧- عقد الإجارة: تعريفه، مشروعيته، أركانه، الحكمة منه، شروطه، عبدالرحمن الرسيني، بحث منشور بمجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (٣٣) السنة (١٤٢٢هـ)
٥٠٨- عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامي، عبدالوهاب أبو سليمان، نشر البنك الإسلامي للتنمية، ط٢ ١٤٢٠هـ.
٥٠٩- عقد الإجارة وتدخل الدولة فيه، عبدالله الخميس، رسالة علمية مقدمة لنيل

درجة الماجستير من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية لعام ١٣٩٩هـ.

٥١٠- عقد الاستصناع دراسة فقهية، سلمى هوساوي، بحث منشور بحولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم بالقاهرة، العدد (٤٥) السنة (٢٠١٤م)

٥١١- عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، كاسب البدران، نشر كلية التربية بجامعة الملك فيصل، ط٢ ١٤٠٤هـ.

٥١٢- عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر، محمد حسن آل الشيخ، بحث منشور بمجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (٨) السنة (١٤٣٢هـ).

٥١٣- عقد التأمين التجاري وحكمه في الفقه الإسلامي، إبراهيم العروان، نشر مركز البحوث التربوية بكلية التربية بجامعة الملك سعود، ط١ ١٤١٥هـ.

٥١٤- عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، عباس حسني، مكتبة وهبة، ط١٩٧٨م

٥١٥- عقد التأمين ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي، عبدالله النجار، دار النهضة العربية، ط٢.

٥١٦- عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، عادل شاهين، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٣٢هـ.

٥١٧- عقد الجواهر الثمينة،ابن شاس، تحقيق : أبو الأجفان وعبدالحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي،ط١ ١٤١٥هـ.

٥١٨- العقد الطبي، عشوش كريم، دار هومة بالجزائر، ط ٢٠١١م.

٥١٩- العقد الطبي، قيس المبارك، دار الإيمان، ط٤، ١٤٣٤هـ.

٥٢٠- العقد الطبي ومشكلات مشروعية المحل، عبدالرحمن حمدي، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة المنوفية بمصر، مجلد (١٢) العدد (٢٤) السنة (٢٠٠٣م)

٥٢١- عقد العلاج الطبي، أحمد شهيب، منشورات زين الحقوقية، ط١ ٢٠١٢م.

٥٢٢- عقد العلاج الطبي، خالد الزامل، رسالة علمية غير منشورة مقدم لنيل

درجة الماجستير في السياسة الشرعية من المعهد العالي للقضاء لعام ١٤١٥هـ.

٥٢٣- عقد العلاج الطبي، محمد السعيد رشدي، دار الفكر الجامعي، ط١ ٢٠١٤م.

٥٢٤- عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، عبدالرشيد مأمون، دار النهضة العربية.

٥٢٥- عقد العمل في القانون المصري، محمود جمال الدين، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط٢ ١٤٠٢هـ

٥٢٦- عقد المقاولة، عبدالرحمن العايد، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط١ ١٤٢٥هـ

٥٢٧- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، ابن سلمون، عناية: محمد الشاغول، دار الآفاق العربية، ط١ ١٤٣٢هـ.

٥٢٨- العقد الوارد على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، أحكامه، آثاره، انتهاؤه، محمد الغامدي.

٥٢٩- العقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي، مولاي بلغيتي، دار ابن حزم، ط١ ١٤٣٢هـ

٥٣٠- العقد في الفقه الإسلامي، عباس حسني، ط١ ١٤١٣هـ.

٥٣١- عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، أحمد قرني، دار كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٣١هـ

٥٣٢- عقود التأمين حقيقتها وحكمها، حمد الحماد، بحث منشور بمجلة الجامعة الإسلامية، العددان (٦٥/ ٦٦) ١٤٠٥هـ.

٥٣٣- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين، دار المعرفة.

٥٣٤- العقود المالية المركبة دراسة فقهية، عبدالله العمراني، كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٢٧هـ

٥٣٥- العقود المسماة في الفقه، عقد البيع، مصطفى الزرقا، دار القلم، ط١٤٣٣هـ.

٥٣٦- العقود المضافة إلى مثلها، عبدالله طاهر، دار كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٣٤هـ.

٥٣٧ - العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، السيد رضوان جمعة، رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن في كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر لعام١٤١٣هـ.

٥٣٨ - العلاقة بين أهلية الوجوب والذمة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محمد الشرفي، مجلة الدراسات الاجتماعية باليمن، العدد (١٦) السنة (٢٠٠٣) م.

٥٣٩ - العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، ابن الجوزي، تحقيق : خليل الميس، دار الكتب العلمية ط١ ١٤٠٣هـ.

٥٤٠ - علم التوثيق الشرعي، عبدالله الحجيلي، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط١١٤٢٤هـ.

٥٤١ - العلو للعلي الغفار في إيضاح صحيح الأخبار وسقيمها، الذهبي، عناية : أشرف عبدالمقصود، مكتبة أضواء السلف، ط١ ١٤١٦هـ.

٥٤٢ - عمدة القاري شرح صحيح البخاري، العيني، دار إحياء التراث.

٥٤٣ - العمل والعمال بين الإسلام والنظم الوضعية المعاصرة، سعد المرصفي، دار البحوث العلمية، ط١ ١٤٠٠هـ.

٥٤٤ - العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض وضرورة العلاج الطبي، أبو الوفا محمد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (١٩).

٥٤٥ - العناية شرح الهداية، البابرتي، دار الفكر.

٥٤٦ - عوارض الأهلية، حسين الجبوري، نشر معهد البحوث العلمية وإحياء التراث بجامعة أم القرى، ط٢ ١٤٢٨هـ.

٥٤٧ - عوارض الأهلية المؤثرة في المسؤولية الجنائية، صالح آل علي، مكتبة العبيكان ط١ ١٤٣٢هـ.

٥٤٨ - عون المعبود شرح سنن أبي داود، العظيم آبادي، دار الكتب العلمية، ط٢ ١٤١٥هـ

٥٤٩ - العين، الفراهيدي، تحقيق : مهدي المخزومي، دار ومكتبة الهلال.

٥٥٠- عيون الأنباء في طبقات الأطباء، أحمد بن القاسم بن أبي أصيبعة، تحقيق : نزار رضا، نشر دار مكتبة الحياة.

٥٥١- غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، الألباني، المكتب الإسلامي، ط٣ ١٤٠٥هـ.

٥٥٢- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية.

٥٥٣- غريب الحديث، إبراهيم الحربي، تحقيق : سليمان العايد، نشر جامعة أم القرى، ط١ ١٤٠٥هـ.

٥٥٤- غريب الحديث، القاسم بن سلام، تحقيق : محمد عبدالمعيد، دار الكتاب العربي، ط١، ١٣٩٦هـ.

٥٥٥- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، الحموي، عناية : أحمد محمد، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٠٥هـ.

٥٥٦- فتاوى ابن الصلاح، تحقيق : موفق عبدالقادر، مكتبة العلوم والحكم، ط١ ١٤٠٧هـ

٥٥٧- الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي، جمع : عبدالقادر الفاكهي، المكتبة الإسلامية.

٥٥٨- الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٠٨هـ

٥٥٩- الفتاوى الهندية، نظام الدين وجماعة، دار الفكر، ط١٤١١هـ.

٥٦٠- فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم، جمع : محمد بن قاسم، مطبعة الحكومة بمكة ١٣٩٩هـ

٥٦١- فتح الباري، عبدالرحمن بن شهاب الدين بن رجب، تحقيق : طارق عوض الله، دار ابن الجوزي، ط٢، ١٤٢٢هـ.

٥٦٢- فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، دار المعرفة، ط١٣٧٩هـ.

٥٦٣- فتح البيان في مقاصد القرآن، القنوجي، عناية : عبدالله الأنصاري، المكتبة العصرية، ط١٤١٢هـ.

٥٦٤- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، محمد عليش.

٥٦٥- فتح القدير، الشوكاني، دار ابن كثير، ط١ ١٤١٤هـ

٥٦٦ - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، زكريا الأنصاري، دار الفكر، ط١٤١٤هـ.

٥٦٧ - فتح باب العناية بشرح النقاية، علي القاري، عناية : محمد نزار وهيثم نزار، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، ط١٤١٨هـ

٥٦٨ - الفروع وتصحيحه، ابن مفلح والمرداوي، تحقيق : التركي، مؤسسة الرسالة ط١ ١٤٢٤هـ.

٥٦٩ - الفروق، أسعد الكرابيسي، تحقيق : محمد طموم، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ط١ ١٤٠٢هـ.

٥٧٠ - الفروق، القرافي، عناية : خليل المنصور، دار الكتب العلمية، ط١٤١٨هـ.

٥٧١ - الفروق الفقهية بين الإجارة والجعالة، محمد الشواي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء، لعام ١٤٣٠هـ

٥٧٢ - فسخ الإجارة بالعذر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني، أحمد شحدة وعلي أبو يحيى، بحث منشور بمجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون، المجلد (٤٠)، العدد (١) (٢٠١٣م)

٥٧٣ - فصول البدائع في أصول الشرائع، الفناري، تحقيق : محمد إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٧هـ.

٥٧٤ - فضل الإسلام على الطب، صبحي سليمان، دار الفاروق، ط١ ٢٠٠٦م.

٥٧٥ - فقه السنة، سيد سابق، دار الكتاب العربي، ط٣ ١٣٩٧ هـ.

٥٧٦ - فقه الصيدلي المسلم، خالد الطماوي، دار الصميعي، ط١ ١٤٢٨هـ.

٥٧٧ - فقه الطبيب وأدبه في المنظور الإسلامي، عبدالله الجبوري، بحث منشور بمجلة الحكمة، العدد (٢٥)، العام ١٤٢٣هـ.

٥٧٨ - فقه النوازل، بكر أبو زيد، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٢٢هـ.

٥٧٩ - فقه النوازل، محمد الجيزاني، دار ابن الجوزي، ط١ ١٤٢٦هـ.

٥٨٠ - الفهرست، ابن النديم، دار المعرفة، ١٣٩٨هـ.

٥٨١ - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، النفراوي، دار الفكر، ط١٤١٥هـ.

٥٨٢ - الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة، الشوكاني، تحقيق: المعلمي، المكتب الإسلامي، ط٢ ١٤٠٧هـ.

٥٨٣ - في بيان الحاجة إلى الأطباء ووصاياهم، قطب الدين الشيرازي، تحقيق: محمد الذاكري، إصدار مركز زايد للتراث والتاريخ، ط١ ١٤٢١هـ.

٥٨٤ - في تاريخ الطب في الدولة الإسلامية، عامر النجار، دار الهداية، ط١ ١٤٠٦هـ.

٥٨٥ - فيض القدير، المناوي، المكتبة التجارية، ط١ ١٣٥٦هـ.

٥٨٦ - قاعدة العقود، ابن تيمية، تحقيق: الفقي والألباني، وعناية: الهلالي، دار الإمام أحمد، ط١ ١٤٣٣هـ

٥٨٧ - قاعدة: لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، وتطبيقاتها الفقهية، أحمد السراح، بحث منشور بمجلة البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم بجامعة القاهرة، المجلد (٧) العدد (١٩) السنة (٢٠١١م).

٥٨٨ - القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب، دار الفكر، ط٢ ١٤٠٨هـ.

٥٨٩ - القاموس المحيط، الفيروز آبادي، بيت الأفكار الدولية، ط١ ٢٠٠٤م

٥٩٠ - القانون في الطب، الحسين بن سينا، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤٢٦ هـ.

٥٩١ - القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ابن العربي، تحقيق: محمد كريم، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٩٩٢م.

٥٩٢ - قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم (١٨/١٠/٧٢) في دورته (١٨) المنعقدة في ماليزيا لعام (١٤٢٨هـ).

٥٩٣ - قرار المجمع الفقهي الدولي رقم (٦٧) (٥/٧) العام (١٤١٢هـ) والقرار رقم (١٧٢) (١٠/١٨) العام (١٤٢٨هـ).

٥٩٤ - قرار هيئة كبار العلماء رقم (١١٩) وتاريخ ١٤٠٤/٥/٢٦هـ الدورة (٢٣) المنعقدة بالرياض.

٥٩٥- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، رابطة العالم الإسلامي الإصدار الثالث.
٥٩٦- القضاء بالقرائن المعاصرة، عبدالله العجلان، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود، ط١ ١٤٢٧هـ
٥٩٧- قضايا طبية معاصرة في ميزان الشريعة، محمود علي السرطاوي، دار الفكر، ط١، ١٤٢٨هـ
٥٩٨- قضايا طبية من منظور إسلامي، عبدالفتاح محمود إدريس، ط١، ١٤١٤هـ.
٥٩٩- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد، دار القلم، ط١ ١٤٢١هـ.
٦٠٠- القمار حقيقته وأحكامه، سليمان الملحم، كنوز إشبيليا، ط١ ١٤٢٩هـ.
٦٠١- قواطع الأدلة في الأصول، السمعاني،دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ.
٦٠٢- القواعد، ابن اللحام، تحقيق : عايض الشهراني وناصر الغامدي، مكتبة الرشد، ط٢ ١٤٢٦هـ
٦٠٣- القواعد، ابن رجب الحنبلي، تحقيق : طه عبدالرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية،ط١ ١٣٩١هـ
٦٠٤- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبدالسلام، عناية : طه عبدالرؤوف، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، ط١٤١٤هـ
٦٠٥- قواعد الفقه، محمد المقري، تحقيق : محمد الدروابي، دار ابن حزم، ط١ ١٤٣٥هـ
٦٠٦- قواعد الفقه، محمد عميم البركتي، نشر الصدف بكراتشي، ط١ ١٤٠٧هـ.
٦٠٧- القواعد الفقهية المتعلقة بأحكام التداوي وتطبيقاتها الطبية المعاصرة، أحمد السراح، دار الصميعي، ط١ ١٤٣٤هـ.
٦٠٨- القواعد الفقهية للمسائل الطبية، يوسف آل الشيخ، رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء لعام ١٤٣٢هـ.
٦٠٩- القواعد النورانية، ابن تيمية، تحقيق : محمد الفقي، دار المعرفة، ط١٣٩٩هـ.

٦١٠- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، عبدالرحمن السعدي، تحقيق : خالد المشيقح، دار ابن الجوزي، ط٢ ١٤٣٢هـ.

٦١١- القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في العمل الطبي، هاني الجبير، بحث مقدم إلى ندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية المقامة من إدارة التوعية الدينية بالشؤون الصحية بمنطقة الرياض في الفترة من ٥-٧ محرم ١٤٢٩هـ.

٦١٢- القوانين الفقهية، ابن جزي، تحقيق : الفضيلي، المكتبة العصرية، ط١٤٢٣هـ

٦١٣- الكاشف عن أصول الدلائل وفصول العلل، الرازي، تحقيق : أحمد السقا، دار الجيل، ط١ ١٤١٣هـ

٦١٤- الكاشف عن حقائق السنن، شرف الدين الطيبي، تحقيق : عبدالحميد هنداوي، مكتبة نزار الباز، ط١ ١٤١٧هـ.

٦١٥- الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٤هـ.

٦١٦- الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبدالبر، تحقيق : محمد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة، ط٢ ١٤٠٠هـ.

٦١٧- كتاب أدب القضاء، ابن أبي الدم ـ تحقيق : محمد عطا، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٠٧هـ.

٦١٨- كتاب الأربعين الطبية، عبداللطيف البغدادي، تحقيق : عبدالله كنون، نشر وزارة الأوقاف المغربية، ط١٤٣٧هـ

٦١٩- كتاب الفروق، أبو هلال العسكري، عناية : الحمصي، دار جروس لبنان ط ١ ١٩٩٤م.

٦٢٠- كتاب القواعد، تقي الدين الحصني، تحقيق : عبدالرحمن الشعلان، مكتبة الرشد، ط١ ١٤١٨هـ.

٦٢١- كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، شريف إدريس، دار النفائس، ط١ ١٤١٨هـ.

٦٢٢ - الكسب، محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق : سهيل زكار، الناشر حرصوني بدمشق، ط١٤٠٠هـ

٦٢٣ - كشاف اصطلاحات الفنون، التهانوي، تحقيق : دحروج، ط١ ١٩٩٦م.

٦٢٤ - كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، تحقيق : هلال مصيلحي، دار الفكر، ط١٤٠٢هـ.

٦٢٥ - الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الزمخشري، دار الكتاب العربي، ط٣ ١٤٠٧هـ

٦٢٦ - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، البخاري، عناية : عبدالله عمر، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ.

٦٢٧ - كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، حاجي خليفة، دار إحياء التراث العربي بيروت.

٦٢٨ - كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، البعلي، تحقيق : العجمي، دار البشائر، ط١ ١٤٢٣هـ.

٦٢٩ - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، الحصني، تحقيق : علي عبدالحميد، دار الخير، ط١ ١٩٩٤م.

٦٣٠ - كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، علي بن خلف المنوفي، تحقيق: يوسف البقاعي، دار الفكر، ط١٤١٢هـ

٦٣١ - كفاية النبيه في شرح التنبيه، ابن الرفعة، تحقيق : مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية، ط١ ٢٠٠٩م

٦٣٢ - الكفاية في علم الرواية، الخطيب البغدادي، تحقيق : السورقي وإبراهيم المدني، نشر المكتبة العلمية بالمدينة، ط١.

٦٣٣ - الكليات، أبو البقاء الكفوي، تحقيق : عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤١٩هـ.

٦٣٤ - الكليات التي يرجع إليها حكم العقد في الفقه الإسلامي، محمد سيد عامر، مكتبة الوفاء، ط١ ٢٠١٢م

٦٣٥ - كنز الوصول إلى معرفة الأصول، البزدوي، مطلعة جاويد بكراتشي.

٦٣٦- الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، الكرماني، دار إحياء التراث، ط٢ ١٤٠١هـ.

٦٣٧- كيفية حدوث الخطأ الطبي، هبة حافظ إبراهيم، بحث منشور بمجلة تعريب الطب الصادرة عن مركز تعريب العلوم الصحية بدولة الكويت، العدد (٢٤)، السنة (٢٠٠٩م).

٦٣٨- اللباب في الفقه الشافعي، أحمد بن محمد المحاملي، تحقيق : عبدالكريم العمري، دار البخاري ط١ ١٤١٦هـ.

٦٣٩- اللباب في تهذيب الأنساب، علي بن أبي الكرم الجزري، دار صادر، ط١٤٠٠هـ.

٦٤٠- اللباب في علوم الكتاب، ابن علي الحنبلي، تحقيق : عادل عبدالموجود، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٩هـ.

٦٤١- اللباب في علوم الكتاب، الميداني، تحقيق : عبدالمجيد الحلبي، دار المعرفة، ط١ ١٤١٨هـ.

٦٤٢- لسان الحكام في معرفة الأحكام، ابن الشحنة، نشر مطبعة البابي، ط٢ ١٣٩٣هـ

٦٤٣- لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، ط١ ٢٠٠٠م

٦٤٤- لمحات عن التراث الطبي العربي، مرسي محمد، نشر منشأة المعارف، ط ١٩٧٥م.

٦٤٥- اللمع، الشيرازي، دار الكتب العلمية، ط ١ ١٤٠٥هـ.

٦٤٦- المال الحرام : تملكه وإنفاقه، والتحلل منه، عبدالعزيز الخطيب، مجلة جامعة الملك سعود للعلوم التربوية والدراسات الإسلامية، المجلد (٢٠) العدد (١) السنة (١٤٢٩هـ).

٦٤٧- مبدأ اعتبار السكوت بمثابة الإذن والقبول وحكم الإلزام به دراسة تأصيلية تطبيقية، عبدالله السلمي، بحث منشور بمجلة قضاء، العدد (٣)، السنة (١٤٣٥هـ).

٦٤٨- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن مفلح، دار الكتب العلمية ط١ ١٤١٨هـ.

٦٤٩ - المبسوط، شمس الأئمة السرخسي، عناية : خليل الميس، دار الفكر، ط١ ١٤٢١هـ.
٦٥٠ - المبسوط، محمد بن الحسن، تحقيق : أبو الوفاء الأفغاني، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية
٦٥١ - المتواري على تراجم أبواب البخاري، ابن المنير، تحقيق : صلاح الدين، مكتبة المعلا.
٦٥٢ - مجلة الأحكام الشرعية، أحمد القاري، تحقيق: عبدالوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم، مطبوعات تهامة ط٣ ١٤٢٦هـ.
٦٥٣ - مجلة الأحكام العدلية، عناية : بسام الجابي، دار ابن حزم، ط١ ١٤٢٤هـ.
٦٥٤ - مجمع الأمثال، أبو الفضل الميداني، تحقيق : محمد محيي الدين، مطبعة السنة المحمدية، ط١٣٧٤هـ.
٦٥٥ - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، شيخي زاده، دار إحياء التراث العربي.
٦٥٦ - مجمع الزوائد، الهيثمي، دار الفكر،ط١٤١٢.
٦٥٧ - مجمع الضمانات، غانم البغدادي، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٦هـ.
٦٥٨ - مجموع الفتاوى، ابن تيمية، جمع : عبدالرحمن القاسم وابنه محمد، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة النبوية، ط١٤٢٥هـ.
٦٥٩ - مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، عبدالعزيز بن باز، نشر الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، ط٤ ١٤٢٧هـ.
٦٦٠ - محاسن التأويل، القاسمي، تحقيق : محمد السود، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ.
٦٦١ - المحرر الوجيز، ابن عطية، عناية : عبدالسلام عبدالشافي، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٢هـ
٦٦٢ - المحصول في أصول الفقه، ابن العربي، تحقيق : حسين اليدري، دار البيارق، ط١ ١٤٢٠هـ.
٦٦٣ - المحكم والمحيط الأعظم، علي ابن سيده، تحقيق : عبدالحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، ط١ ٢٠٠٠م

٦٦٤- محل العقد في الفقه الإسلامي، إبراهيم يحيى عطيف، بحث ماجستير مقدم إلى كلية الشريعة بالرياض عام ١٤٠٦هـ.
٦٦٥- المحلى، ابن حزم، دار الفكر.
٦٦٦- المحيط البرهاني، ابن مازة، تحقيق : الجندي، دار الكتب العلمية ط١ ١٤٢٤هـ.
٦٦٧- مختار الصحاح، الرازي، تحقيق : محمود خاطر، نشر مكتبة لبنان، ط١ ١٤١٥هـ
٦٦٨- المختارات الجلية من المسائل الفقهية، السعدي،نشر مركز صالح الثقافي بعنيزة، ط١ ١٤١١هـ.
٦٦٩- مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، التويجري، دار أصداء المجتمع، ط١١ ١٤٣١هـ
٦٧٠- مختصر سنن أبي داود، المنذري، تحقيق : أحمد شاكر والفقي، دار المعرفة، ط١٣٩٦هـ.
٦٧١- مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، ابن القيم، تحقيق : المعتصم البغدادي، دار الكتاب العربي، ط٣ ١٤١٦هـ.
٦٧٢- مدارك التنزيل وحقائق التأويل، النسفي، تحقيق : الشعار، دار النفائس، ط ١ ٢٠٠٥م
٦٧٣- المدخل، ابن الحاج، دار الفكر، ط ١٤٠١هـ.
٦٧٤- المدخل الفقهي العام، الزرقا، دار القلم، ط٢ ١٤٢٥هـ.
٦٧٥- المدخل إلى الفقه الإسلامي، عبدالعزيز الخياط، دار الفكر، ط١ ١٤١١هـ.
٦٧٦- المدخل إلى فقه المعاملات المالية المعاصرة، محمد شبير، دار النفائس،ط٣ ١٤١٩هـ
٦٧٧- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، دار القلم، ط١ ١٤٢٠هـ
٦٧٨- المدخل في الفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي، الدار الجامعية، ط١٠، ١٤٠٥هـ.

٦٧٩ - المدخل للتشريع الإسلامي، محمد فاروق النبهان، دار القلم، ط٢ ١٩٨١م.

٦٨٠ - المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلّام مدكور، دار الكتاب الحديث، ط٣ ١٣٨٦هـ

٦٨١ - المدونة، رواية سحنون عن مالك، دار الكتب العلمية ط١ ١٤١٥هـ.

٦٨٢ - مدى الاعتداد بإرادة المريض في الأعمال الطبية، هيثم المصاروة، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي الصادرة عن القيادة العامة لشرطة الشارقة، المجلد (٢٤)، العدد (٩٣)، السنة (٢٠١٥م)

٦٨٣ - مدى التزام الطبيب بتبصير المريض دراسة علمية تأصيلية مقارنة، ابن صغير مراد، بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، المجلد (٣٤)، العدد (٤) السنة (٢٠١٠م).

٦٨٤ - مدى جواز التأمين الصحي من الحوادث القضائية فقهاً وقانوناً، نائل مساعدة، بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد (٧) العدد (٣) السنة (١٤٣٢هـ).

٦٨٥ - مذكرة أصول الفقه، محمد الأمين الشنقيطي، دار عالم الفوائد، ط١ ١٤٣٣هـ

٦٨٦ - مراتب الإجماع، ابن حزم، تحقيق : حسن إسبر، دار ابن حزم، ط١ ١٤١٩هـ.

٦٨٧ - المراسيل،أبو داود، تحقيق : شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٠٨هـ.

٦٨٨ - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، قدري باشا، مطبعة بولاق ١٣٠٨هـ.

٦٨٩ - مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، الملا القاري، دار الفكر، ط١ ١٤٢٢هـ.

٦٩٠ - المسالك في شرح موطأ مالك، ابن العربي، عناية: محمد السليماني، دار الغرب، ط١ ١٤٢٨هـ

٦٩١- مسائل الإجماع في عقود المعاوضات المالية، علي الخضير، دار الهدي النبوي ودار الفضيلة، ط١ ١٤٣٣هـ.
٦٩٢- مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه صالح، عناية : طارق عوض الله، دار الوطن، ط١ ١٤٢٠هـ.
٦٩٣- مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، رواية إسحاق الكوسج، نشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، ط١ ١٤٢٥هـ
٦٩٤- المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، النتشه، مؤسسة الحكمة، ط١ ١٤٢٢هـ
٦٩٥- مسائل فقهية معاصرة، عبدالرحمن السند، دار الوراق، ط١ ١٤٢٦هـ
٦٩٦- المستجدات في كتاب الجنائز جمعاً ودراسة، عايد الجدعاني، رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه من جامعة أم القرى للعام ١٤٣٢هـ.
٦٩٧- المستدرك على الصحيحين، الحاكم، عناية: مصطفى عطا، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١١هـ
٦٩٨- المستصفى، الغزالي، عناية : محمد عبدالشافي، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٢هـ.
٦٩٩- المسند، أحمد بن حنبل، تحقيق : أحمد شاكر، ط١ ١٤١٦هـ.
٧٠٠- مسند أبي يعلى، تحقيق : حسين سليم، دار المأمون ط١ ١٤٠٤هـ.
٧٠١- مسند الإمام أبي حنيفة، رواية أبي نعيم الأصبهاني، تحقيق : نظر الفاريابي، مكتبة الكوثر، ط١ ١٤١٥هـ.
٧٠٢- مسند الإمام الشافعي، ترتيب : سنجر الجاولي، تحقيق : ماهر الفحل، نشر شركة غراس، ط١ ١٤٢٥هـ.
٧٠٣- مسند الشهاب، القضاعي، تحقيق: حمدي السلفي، مؤسسة الرسالة، ط٢ ١٤٠٧هـ.
٧٠٤- مسند الفاروق، ابن كثير، تحقيق : عبدالمعطي قلعجي، دار الوفاء، ط١ ١٤١١هـ.
٧٠٥- المسودة في أصول الفقه، آل تيمية، تحقيق : محمد محيي الدين، دار المدني.

٧٠٦- مسؤولية الأطباء، عبدالرحمن بن حسن النفيسة، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد (٣)، العام (١٤١٠هـ.

٧٠٧- مسؤولية الأطباء الجنائية، مصباح محمد محمود، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية الصادرة عن كلية القانون بجامعة قاريونس، المجلد (١١) ١٩٨٢م.

٧٠٨- المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي، سيد أمين.

٧٠٩- المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، صفوان شديقات، دار الثقافة، ط١ ٢٠٠١م.

٧١٠- المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قايد، دار النهضة العربية ط ١٤٢٣هـ.

٧١١- المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري، محمد القطري، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية والإدارية بجامعة المجمعة، العدد (٥) السنة (١٤٣٥هـ).

٧١٢- المسؤولية الجنائية للشخصية الاعتبارية في الفقه والقانون وتطبيقاتها في النظام السعودي، أحمد الحربي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العدالة الجنائية من جامعة نايف، السنة (١٤٢٣هـ)

٧١٣- المسؤولية الجنائية للطبيب، محمود القبلاوي، دار الفكر الجامعي، ط٢٠٠٥م.

٧١٤- المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، أسامة قايد، دار النهضة العربية، ط١٩٨٩م.

٧١٥- المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، محمد البراوي، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية الصادرة عن كلية القانون بجامعة قاريونس، المجلد (١١) العام (١٩٨٢م)

٧١٦- مسؤولية الشخصية الاعتبارية، أمل الدباسي، نشر مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط١ ١٤٣٤هـ.

٧١٧- مسؤولية الصيادلة ومن في حكمهم، عبدالرحمن النفيسة، بحث منشور

بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الخامسة، العدد الثامن عشر، ١٤١٤هـ.

٧١٨- مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية، علي الحسيني، دار الثقافة، ط١ ١٩٩٩م.

٧١٩- مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، أسامة التايه، دار البيارق، ط١، ١٤٢٠هـ

٧٢٠- مسؤولية الطبيب المهنية، عبدالله بن سالم الغامدي، دار الأندلس الخضراء، ط١، ١٤١٨هـ.

٧٢١- مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، محمد البار وحسان باشا، دار القلم، ط١ ١٤٢٥هـ.

٧٢٢- مسؤولية الطبيب عن خطئه في الفقه الإسلامي، عبدالله الخميس، بحث منشور بمجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (٢٦) العام (١٤٢٠)هـ.

٧٢٣- مسؤولية الطبيب في العمل الجماعي، عادل قوته، بحث مقدم إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت.

٧٢٤- مسؤولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام، أحمد شرف الدين، ذات السلاسل للطباعة والنشر بالكويت، ط١٩٨٣م.

٧٢٥- مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها، محمد محمد سويلم، منشأة المعارف، ط١ ٢٠٠٩م

٧٢٦- المسؤولية الطبية الجزائية، عبدالوهاب حومد، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة الصادرة عن كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت، العدد (٢)، السنة ١٤٠١هـ.

٧٢٧- المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، عبدالفتاح بيومي، دار الفكر الجامعي، ط١ ٢٠٠٨م.

٧٢٨- المسؤولية الطبية بين القانون والشريعة، رسمية شمسو، دار العصماء، ط١ ١٤٣٣هـ.

٧٢٩- المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، محمد هشام القاسم، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة الصادرة عن كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت، العدد (٢)، السنة ١٤٠١هـ.

٧٣٠- المسؤولية المدنية للأطباء عن أخطائهم الطبية، منصور المعايطة، بحث منشور بمجلة البحوث الأمنية الصادرة عن مركز البحوث بكلية الملك فهد الأمنية، العدد(٢٠)، السنة ١٤٢٢هـ

٧٣١- المسؤولية المدنية للطبيب، سلمان القرشي، دار الكتاب الثقافي، ط١ ١٤٢٧هـ.

٧٣٢- المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، بن دشاش نسيمة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق بجامعة أكلي محندا بلحاج بالجزائر العام ٢٠١٣

٧٣٣- مشارق الأنوار على صحاح الآثار، القاضي عياض، المكتبة العتيقة

٧٣٤- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة، البوصيري، تحقيق : الكشناوي دار العربية، ط٢ ١٤٠٣هـ

٧٣٥- المصباح المنير، الفيومي، المكتبة العلمية، ط١.

٧٣٦- المصنف، عبدالرزاق الصنعاني، تحقيق: حبيب الأعظمي، المكتب الإسلامي ط٢ ١٤٠٣هـ.

٧٣٧- المصنف في الأحاديث والآثار، ابن أبي شيبة، تحقيق: كمال الحوت، مكتبة الرشد، ط١ ١٤٠٩هـ.

٧٣٨- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، ابن حجر، تحقيق وتنسيق : سعد الشثري ومجموعة من الباحثين، دار العاصمة، ط١ ١٤١٩هـ.

٧٣٩- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الرحيباني، المكتب الإسلامي، ط٢ ١٤١٥هـ.

٧٤٠- مطالع الأنوار على صحاح الآثار، إبراهيم ابن قرقول الحمزي، تحقيق : دار الفلاح، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، ط١ ١٤٣٣هـ.

٧٤١- المطلع على ألفاظ المقنع، أبو الفتح البعلي، تحقيق : الأرناؤوط والخطيب، مكتب السوادي، ط١ ١٤٢٣هـ.

٧٤٢- معالم التنزيل في تفسير القرآن، البغوي، تحقيق: محمد النمر وآخرون، دار طيبة، ط٤ ١٤١٧هـ
٧٤٣- معالم السنن، الخطابي، المطبعة العلمية، ط١ ١٣٥١هـ.
٧٤٤- معالم القربة في أحكام الحسبة، ابن الأخوة، عناية : إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢١هـ.
٧٤٥- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، سعد الدين الكبي، المكتب الإسلامي، ط١ ١٤٢٣هـ
٧٤٦- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، محمد رواس، دار النفائس، ط٢ ١٤٢٣هـ.
٧٤٧- المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة، دبيان الدبيان، نشر الهيئة العامة للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، ط٢ ١٤٣٢هـ.
٧٤٨- معاني القرآن، أبو جعفر النحاس، تحقيق : الصابوني، نشر عمادة البحث العلمي بجامعة أم القرى، ط١ ١٤٠٩هـ.
٧٤٩- معاني القرآن وإعرابه، الزجاج، تحقيق : عبدالجليل شلبي، دار عالم الكتب ط١ ١٤٠٨هـ.
٧٥٠- المعاوضة على الحقوق، ضوابطها وتطبيقاتها، عبدالله الموسى، بحث منشور بمجلة العدل، العدد (٤٥) السنة (١٤٣١هـ).
٧٥١- المعجم الاشتقاقي المؤصل لألفاظ القرآن الكريم، محمد حسن جبل، مكتبة الآداب، ط٢، ٢٠١٢م.
٧٥٢- المعجم الأوسط، الطبراني، تحقيق : طارق عوض الله ومحسن الحسيني، دار الحرمين، ط١ ١٤١٥هـ.
٧٥٣- معجم البلدان، ياقوت الحموي، دار صادر، ط١٣٩٧هـ.
٧٥٤- المعجم الصغير، الطبراني، تحقيق: محمد شكور، المكتب الإسلامي ط١ ١٤٠٥هـ.
٧٥٥- معجم الصواب اللغوي، أحمد مختار، عالم الكتب، ط١ ١٤٢٩هـ.
٧٥٦- معجم القانون، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، نشر : الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط١٤٢٠هـ.

٧٥٧- المعجم الكبير، الطبراني، تحقيق : حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية.
٧٥٨- معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، نشر عالم الكتب، ط١ ١٤٢٩هـ.
٧٥٩- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، نزيه حماد، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط٣ ١٤١٥هـ.
٧٦٠- معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، جرجس جرجس، الشركة العالمية للكتاب، ط١ ١٩٩٦م.
٧٦١- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبدالرحمن، دار الفضيلة.
٧٦٢- معجم المكاييل والمقاييس العالمية، محمد شجاب، دار الكتب اليمنية، ط١ ١٤٣١هـ
٧٦٣- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة،مكتبة الشروق الدولية، ط٤ ١٤٢٥هـ
٧٦٤- معجم ديوان العرب، الفارابي، تحقيق : أحمد مختار، دار الشعب للصحافة، ط١٤٢٤هـ.
٧٦٥- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس وخالد قنيبي، دار النفائس،ط٢ ١٤٠٨هـ.
٧٦٦- معجم مصطلحات أصول الفقه، قطب سانو، دار الفكر، ط٢ ٢٠٠٢م.
٧٦٧- معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عبدالواحد كرم، دار الكتب القانونية، ط١ ١٩٩٥م
٧٦٨- معجم مصطلحات الفقه الطبي، نذير أوهاب، نشر كرسي الأمير سلطان للدراسات الإسلامية المعاصرة، ط١٤٣٤هـ.
٧٦٩- معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، السيوطي، تحقيق : محمد عبادة، مكتبة الآداب ط١ ١٤٢٤هـ.
٧٧٠- معرفة السنن والآثار، البيهقي، تحقيق: عبدالمعطي قلعجي، نشر جامعة الدراسات الإسلامية بباكستان، ط١ ١٤١٢هـ.
٧٧١- المعلم بفوائد مسلم، المازري، تحقيق : محمد الشاذلي، الدار التونسية، ط٢ ١٩٨٨م (٢/ ٢٤٠).

٧٧٢- معلومية العوض في العقود : المفهوم، والوسائل، والأثر، محمد أمين بارودي، بحث منشور بمجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد(١٥) السنة(١٤٣٤هـ)

٧٧٣- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبدالوهاب، تحقيق : حميش عبدالحق، مطبعة الباز، ط١.

٧٧٤- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس، والمغرب، أحمد الونشريسي، عناية : جماعة من العلماء بإشراف محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية ودار الغرب الإسلامي، ط١٤٠١هـ

٧٧٥- معيد النعم ومبيد النقم، تاج الدين السبكي، مؤسسة الكتب الثقافية، ط١ ١٤٠٧ه ص١٠٣

٧٧٦- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، الطرابلسي، دار الفكر.

٧٧٧- المغرب في ترتيب المعرب، ابن المطرز، تحقيق : محمود فاخوري وعبدالحميد مختار، نشر مكتبة أسامة بن زيد، ط١ ١٩٦٩م.

٧٧٨- المغني، ابن قدامة، دار الفكر، ط١ ١٤٠٥هـ.

٧٧٩- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٥هـ.

٧٨٠- مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام، ابن عبدالهادي، عناية : أشرف عبدالمقصود، دار أضواء السلف ودار طبرية، ط١ ١٤١٦هـ

٧٨١- مفاتيح الغيب، محمد بن عمر الرازي، دار إحياء التراث العربي، ط٣، ١٤٢٠هـ.

٧٨٢- مفتاح السعادة ومصباح السيادة، طاش كبرى زاده، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.

٧٨٣- مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني، تحقيق : صفوان داودي، دار القلم، ط ٥، ١٤٣٣هـ

٧٨٤- المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، أحمد بن عمر القرطبي، تحقيق : محيي الدين مستو وآخرين، دار ابن كثير، ط١ ١٤١٧هـ.
٧٨٥- مفوتات فسخ العقد، محمد المختار المامي، ط١، ١٤٢٣هـ.
٧٨٦- مقاصد الشريعة، الطاهر بن عاشور، تحقيق : محمد الميساوي،دار النفائس، ط٢ ١٤٢١هـ.
٧٨٧- مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، محمد حبيب، دار طيبة الخضراء، ط١ ١٤٢٧هـ.
٧٨٨- مقاييس اللغة، ابن فارس، تحقيق : عبدالسلام هارون، اتحاد الكتاب العرب، ط١٤٢٣هـ
٧٨٩- المقدمات الممهدات، ابن رشد، دار الغرب ط١ ١٤٠٨هـ.
٧٩٠- المقدمة، ابن خلدون، عناية خليل شحاته، دار الفكر، ط١ ١٤٢١هـ.
٧٩١- مقدمة ابن الصلاح، مكتبة الفارابي، ط١ ١٩٨٤م.
٧٩٢- الملكية الفكرية، ماهيتهما وحكمهما، عدنان الصمادي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثالث بكلية الشريعة بجامعة جرش بالأردن بعنوان : موقف الإسلام من الملكية الفكرية، ٢٠٠١م.
٧٩٣- الملكية في الشريعة الإسلامية، عبدالسلام العبادي، مؤسسة الرسالة، ط١ ٢٠٠٠م
٧٩٤- الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، علي الخفيف، دار الفكر العربي ص١٤١٦هـ
٧٩٥- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط١.
٧٩٦- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ط١٣٩٦هـ.
٧٩٧- الممتع في شرح المقنع، زين الدين التنوخي، تحقيق : عبدالملك بن دهيش، مكتبة الأسدي، ط٣ ١٤٢٤هـ.
٧٩٨- منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن ضويان، تحقيق : زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٧ ١٤٠٩هـ.

٧٩٩- مناهج التحصيل، الرجراجي، عناية : أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٨هـ.
٨٠٠- منة المنعم في شرح صحيح مسلم، صفي الرحمن المباركفوري، دار السلام، ط١٤٢٠هـ.
٨٠١- المنتقى شرح الموطأ، الباجي، دار الكتاب الإسلامي، ط٢.
٨٠٢- المنتقى في الأحكام الشرعية من كلام خير البرية، مجد الدين ابن تيمية، تحقيق : طارق عوض الله، دار ابن الجوزي، ط١ ١٤٢٩هـ
٨٠٣- المنتقى من السنن المسندة، ابن الجارود، تحقيق : عبدالله البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية، ط١ ١٤٠٨هـ.
٨٠٤- منتهى الإرادات، ابن النجار، تحقيق : عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٧هـ
٨٠٥- المنثور في القواعد، محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق : تيسير فائق، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، ط٢ ١٤٠٥هـ.
٨٠٦- المنخول، الغزالي، تحقيق : محمد هيتو، دار الفكر، ط٣ ١٤١٩هـ
٨٠٧- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، النووي، دار إحياء التراث العربي، ط٢ ١٣٩٢هـ.
٨٠٨- المهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، دار الكتب العلمية، ط١.
٨٠٩- الموافقات، إبراهيم الشاطبي، تحقيق : مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، ط١ ١٤١٧هـ.
٨١٠- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب، دار الفكر، ط٣ ١٤١٢هـ.
٨١١- الموجز في الطب الإسلامي، سعيد الديوه، نشر مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ط١ ١٩٨٩م.
٨١٢- مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، عبدالسلام التونجي، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ط١ ١٤٢١هـ.
٨١٣- موسوعة أخلاقيات مهنة الطب، محمد البار وآخرون، نشر كنوز المعرفة، ط١ ١٤٣٣هـ.

٨١٤- الموسوعة الصحية، ضحى بابللي، نشر مركز سعود البابطين للتراث والثقافة بالرياض،ط١ ١٤٢٤هـ
٨١٥- الموسوعة الطبية الفقهية، أحمد كنعان، دار النفائس، ط١ ١٤٢٠ه ص ٧٦٣.
٨١٦- الموسوعة الطبية الفقهية والنوازل العصرية،أحمد الشافعي وآخرون، دار ابن حزم بالقاهرة، ط١ ١٤٣٤هـ.
٨١٧- الموسوعة العربية العالمية، نشر مؤسسة أعمال الموسوعة، ط٢ ١٤١٩هـ
٨١٨- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، مطابع ذات السلاسل، ط٢ ١٤٠٤هـ.
٨١٩- موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٢٤هـ
٨٢٠- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، العبادات، إصدار مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، ط١ ١٤٣٥هـ.
٨٢١- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، الفقه الطبي، إصدار مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، ط١ ١٤٣٦هـ.
٨٢٢- موسوعة صحة العائلة، مجموعة من الأطباء، دار العلم للملايين،ط٣ ٢٠٠١م ص ٤٩٧.
٨٢٣- الموطأ، مالك بن أنس، تحقيق : الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان للنشر، ط١ ١٤٢٥هـ.
٨٢٤- ميزان الأصول في نتائج العقول، علاء الدين السمرقندي، تحقيق : محمد زكي البر، مكتبة دار التراث، ط٢ ١٤١٨هـ.
٨٢٥- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، الذهبي، تحقيق : عادل عبدالموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، ط١٩٩٥م.
٨٢٦- الميزان في الأقيسة والأوزان، علي باشا،مكتبة الثقافة الدينية.
٨٢٧- النتف في الفتاوى، السغدي، تحقيق : صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، ط٢ ١٤٠٤هـ.

٨٢٨- النجم الوهاج في شرح المنهاج، الدميري، دار المنهاج، ط١ ١٤٢٥هـ.
٨٢٩- نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، العيني، تحقيق: ياسر إبراهيم، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، ط١ ١٤٢٩هـ
٨٣٠- نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مصطفى الزرقا، مؤسسة الرسالة، ط٤ ١٤١٥هـ.
٨٣١- نظام التأمين وموقف الشريعة منه، فيصل مولوي، مؤسسة الريان، ط٢ ١٤١٧هـ.
٨٣٢- نظام التقاعد المدني للموظف العام، سامي العقيلي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء لعام (١٤٢١هـ).
٨٣٣- النظام السعودي لمزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان، مفلح بن ربيعان القحطاني، نشر القسم العلمي للنشر والمطابع بجامعة الملك سعود، ط١.
٨٣٤- النظام القانوني لعقد العلاج الطبي، محمد أبو ذويب، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون من كلية القانون بجامعة آل البيت بالأردن لعام ٢٠١١م.
٨٣٥- نظام مزاولة المهن الصحية ولائحته التنفيذية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥٩ وتاريخ ٤/ ١١/ ١٤٢٦ه،وبقرار معالي وزير الصحة رقم (٣٩٦٤٤/ ١/ ١٢) وتاريخ ١٤/ ٥/ ١٤٢٧ه، نشر الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان بالمملكة العربية السعودية، العام ١٤٣٢هـ.
٨٣٦- نظام مزاولة مهنة الصيدلة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٨) وتاريخ ١٨/ ٣/ ١٣٩٨هـ، نشر مطابع الحكومة الأمنية بالرياض، ط١٣٩٨هـ.
٨٣٧- نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) وتاريخ ٢١/ ٢/ ١٤٠٩هـ، نشر مطابع الحكومة الأمنية بالرياض، ط١٤١٠هـ.
٨٣٨- نظرية التسعير الجبري في الإسلام، محمد الربابعة، بحث منشور بمجلة هدي الإسلام بالأردن، المجلد (٥٠) العدد (١).

٨٣٩- نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أحمد الخولي، دار السلام، ط١ ١٤٢٣هـ.
٨٤٠- نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أحمد الخولي، دار السلام، ط١ ١٤٢٣.
٨٤١- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، حسن الشاذلي، دار كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٣٠هـ
٨٤٢- نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، زكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، ط١ ١٩٦٨م.
٨٤٣- نظرية الضرورة الشرعية، وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، ط٥ ١٤١٨هـ.
٨٤٤- نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق، ط٩ ١٤٣٣هـ
٨٤٥- نظرية العقد، عبدالرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١٩٩٨م.
٨٤٦- نظرية العقد، عبدالعظيم شرف الدين، نشر مكتبة شرف الدين، ط١، ١٩٨٨.
٨٤٧- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، عبدالرزاق فرج، دار النهضة العربية، ط١٩٦٩م.
٨٤٨- نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، حوران سليمان، دار النوادر، ط١ ١٤٣٣هـ.
٨٤٩- نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، أسمادي نعيم، دار النفائس، ط١ ١٤٢٦هـ
٨٥٠- نظم الدرر، البقاعي، عناية : عبدالرزاق المهدي، دار الكتب العلمية ط١٤١٥هـ.
٨٥١- النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب، ابن بطال، تحقيق : مصطفى سالم، نشر مكتبة الباز، ط١٤٠٨هـ.
٨٥٢- النكت الدالة على البيان في أنواع العلوم والأحكام، أحمد بن محمد القصاب، تحقيق : علي التويجري وجماعة، دار ابن عفان، ط١ ١٤٢٤هـ
٨٥٣- النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ابن مفلح، مكتبة المعارف، ط٢ ١٤٠٤هـ

٨٥٤- نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب، القلقشندي، تحقيق : إبراهيم الأبياري، دار الكتاب اللبنانيين ط٢ ١٤٠٠هـ.
٨٥٥- نهاية الرتبة في طلب الحسبة، الشيزري، عناية : محمد إسماعيل وأحمد فريد، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٢٤هـ.
٨٥٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي، دار الفكر، ط ١٤٠٤هـ.
٨٥٧- نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، تحقيق : عبدالعظيم الديب، دار المنهاج، ط١ ١٤٢٨هـ.
٨٥٨- النهاية في غريب الحديث والأثر، محمد ين الجزري، تحقيق : طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية ط١٣٩٩هـ.
٨٥٩- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق : عبدالفتاح الحلو وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٩٩٩م
٨٦٠- النوازل الفقهية في الطهارة والصلاة، باسم القرافي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العام (١٤٢٥) هـ.
٨٦١- النوازل في الجرائم الطبية، أمل الدباسي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه من قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العام (١٤٣٢هـ).
٨٦٢- النوازل في الجنائز، عبدالرحمن المرشد، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العام (١٤٣٢) هـ.
٨٦٣- النوازل في الرقية الشرعية، ميثاء الشمري، نشر المركز العلمي للبحوث والترجمة بجامعة حائل، ط١ ١٤٣٤هـ.
٨٦٤- نواهد الأبكار وشوارد الأفكار، السيوطي، نشر مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، ط١٤٢٤هـ.
٨٦٥- نيل الأوطار، الشوكاني، تحقيق : عصام الصبابطي، دار الحديث، ط١ ١٤١٣هـ

٨٦٦- نيل المآرب بشرح دليل الطالب، عبدالقادر التغلبي، تحقيق : محمد الأشقر، نشر مكتبة الفلاح بالكويت، ط١ ١٤٠٣هـ.
٨٦٧- نيل المرام، القنوجي، تحقيق : محمد إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط٣ ٢٠٠٣م.
٨٦٨- هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، عثمان النجدي، تحقيق : عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، ط١ ١٤٢٨هـ.
٨٦٩- الهداية على مذهب الإمام أحمد، أبو الخطاب الكلوذاني، تحقيق : عبداللطيف هميم وماهر الفحل، مؤسسة غراس للنشر، ط١ ١٤٢٥هـ.
٨٧٠- الهداية في شرح بداية المبتدي، المرغيناني، تحقيق : طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي.
٨٧١- الوثيقة الإسلامية لأخلاقيات الطب والصحة، منشورة على الموقع الالكتروني التالي http://www.ibnosinahealth.org.
٨٧٢- الوجيز في العقد، عبدالهادي العطافي، المطبعة الكمالية، ط١ ١٣٩٧.
٨٧٣- الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية، البورنو، مؤسسة الرسالة، ط٤ ١٤١٦هـ.
٨٧٤- الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، الواحدي، تحقيق : صفوان داوودي، دار القلم، ط١ ١٤١٥هـ.
٨٧٥- الورقات، الجويني، دار الصميعي، ط١ ١٤١٦هـ.
٨٧٦- الوساطة التجارية في المعاملات المالية، عبدالرحمن الأطرم، دار إشبيليا، ط٢ ١٤١٨هـ.
٨٧٧- وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، مكتبة المؤيد، ط٢ ١٤١٤هـ.
٨٧٨- الوسيط في المذهب، الغزالي، تحقيق : أحمد محمود ومحمد تامر، دار السلام، ط١ ١٤١٧هـ.
٨٧٩- الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، ط١٩٦٤م.
٨٨٠- وصل بلاغات الموطأ، ابن الصلاح، تحقيق : عبدالفتاح أبو غدة، نشر المطبوعات الإسلامية بحلب، ط١٤١٦هـ.

فهرس الموضوعات

العقد الطبي وآثاره

دراسة فقهية مقارنة